



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
CGM/CG - Chefia de Gabinete

Viaduto do Chá, 15, 10º andar - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900
Telefone: 3113-8269

Encaminhamento CGM/CG Nº 9842941

São Paulo, 24 de julho de 2018

À Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais - SMPR

Senhor Secretário,

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Senhoria o Relatório de Auditoria referente à Ordem de Serviço nº 032/2018/CGM (9809673), cujo objeto consiste no exame da regularidade do processo licitatório de concorrência para contratação de Parceria Público-Privada (PPP) destinada a prestação de serviços referentes à Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo.

A auditoria efetuada pela Controladoria Geral do Município – CGM, levando em consideração toda a documentação existente e esclarecimentos adicionais apresentados, pela Secretaria responsável, sobre o processo licitatório referido, constatou relevantes aspectos problemáticos do certame realizado, dos quais sublinham-se: características editalícias restritivas da competitividade e atratividade da licitação, especialmente pela ausência de previsão específica de conta vinculada ao contrato como garantia de pagamento futuro do parceiro privado, bem como pela falta de detalhamento e de atualização dos dados necessários à elaboração do plano de negócios, em assimetria de informações; insuficiente embasamento da demonstração quantitativa dos benefícios da contratação na modelagem jurídica adotada; onerosidade demasiada a ser suportada pelo poder público, em função da previsão de pagamento indireto da conta de energia elétrica da rede pública municipal (quase 60% do valor total contratual refere-se ao pagamento da conta de luz), a gerar taxa interna de retorno ao parceiro privado superior a 9%; questionamentos quanto à isonomia na avaliação dos documentos de habilitação e de garantia; fragilidades na composição do plano de negócios referencial, especialmente quanto à exigibilidade de reinvestimentos e à indefinição de custos.

Tratando-se de contrato de prazo extenso (2 décadas) e elevado valor total (superior a R\$ 7 bilhões), a insuficiente garantia ao parceiro privado teria também ocasionado “encarecimento” do apoio financeiro da instituição federal de fomento, o BNDES, que considerou ausente uma garantia efetiva e promoveu o enquadramento em modalidade de financiamento mais restritivo, ligado à capacidade financeira da empresa privada, apenas. Por certo que

não há ilegalidade na ausência da garantia representada pela conta vinculada, pois inexistente exigência legal para tanto; há, contudo, inconveniência para a Administração Pública, confirmada pelo resultado obtido, em que o preço final do consórcio vencedor revelou-se em torno de 30% superior ao contido na proposta do consórcio inabilitado.

Constatou-se, ainda, que empresa integrante do consórcio vencedor foi condenada, em 2015, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por cartel em licitação municipal ocorrida em outra cidade paulista.

Ademais, deve ser considerada, também, a Recomendação para que se “promova a rescisão administrativa ou judicial do contrato firmado com o Consórcio FM Rodrigues/CLD, por força da concorrência internacional 01/SES/2015, considerando os crimes e irregularidades administrativas apuradas”, exarada pelo Ministério Público Estadual e assinada por 4 Promotores de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, datada de 27 de março de 2017, noticiando a existência de Inquéritos já instaurados sobre possíveis irregularidades na contratação emergencial da empresa vencedora e na concorrência internacional realizada, a qual destaca a desclassificação de consórcio com o melhor preço e a veiculação de denúncia de corrupção relacionada diretamente à diretora do Departamento de Iluminação – Ilume, responsável pela condução do certame, com gravação de conversas que demonstrariam a conduta ilegal da agente pública municipal responsável pelo certame, a qual teria defendido a empresa vencedora e confessado o recebimento de valores pecuniários indevidos, com indícios de favorecimento do consórcio vitorioso.

Solicito, pois, no prazo de 10 (dez) dias úteis, manifestação a respeito dos apontamentos contidos no citado Relatório, pelo que desde logo agradeço. Eventual prorrogação de prazo por igual período depende de solicitação prévia e anterior ao termo final. Decorrido tal lapso temporal, o relatório em questão será publicado, nos termos da legislação vigente.

Atenciosamente,

Gustavo Ungaro

Controlador Geral do Município



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo Ungaro, Controlador Geral**, em 24/07/2018, às 18:10, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **9842941** e o código CRC **F278F06F**.



Coordenadoria de Auditoria Geral
Rua Líbero Badaró, 293, 23º andar - Centro.

RELATÓRIO DE AUDITORIA	
Ordem de Serviço:	nº 032/2018/CGM
Unidade Auditada:	Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais
Período de Realização:	22/03/2018 a 21/05/2018

SUMÁRIO EXECUTIVO

Sr. Coordenador,

Este relatório apresenta o resultado da auditoria referente à **Ordem de Serviço nº 32/2018/CGM/AUDI**, realizada no Departamento de Iluminação Pública (Ilume), pertencente, à época da auditoria, à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB) e posteriormente transferida para a Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais (SMPR), com o objetivo de examinar a regularidade do processo licitatório de concorrência para contratação de Parceria Público-Privada (PPP) destinada a prestação de serviços referentes à Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo, especificado a seguir:

Processo 2015-0.097.424-9 - Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, destinada à contratação de Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade de concessão administrativa sobre serviços referentes à Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo:

Trata-se de Processo Administrativo aberto para a contratação de empresa ou consórcio mediante concorrência na modalidade de concessão administrativa para a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo.

Após a realização de estudos iniciais, com auxílio de relatório produzido pela SP Negócios, foram determinados o escopo e as condições da PPP de iluminação pública e publicado o Edital de Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 em abril de 2015.

Após suspensão temporária imposta pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, devido à constatação de irregularidades no certame, o referido Edital foi republicado em 13 de novembro de 2015 com alterações conforme condições impostas pela Corte de Contas.

A Sessão Pública para entrega dos envelopes contendo a garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação, foi realizada do dia 03 de fevereiro de 2016, tendo como participantes os Consórcios Walks (formado pelas empresas KS Brasil Led Holdings LTDA, WPR Participações LTDA e Quatro Participações S.A.), FM Rodrigues/CLD (formado pelas empresas FM Rodrigues & Cia LTDA e CLD Construtora, Laços Detetores e Eletrônica LTDA) e Ecobraslux (formado pelas empresas Shangai Yaming Lighting CO.,LTD, Agroenergia do Norte S.A. e Santa Edwigis

Empreendimentos e Participações S.A.).

Em suma, tem-se que, após as fases de abertura de envelopes e recursos, a Comissão Especial de Licitação (CEL) considerou como única proposta válida aquela apresentada pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD, classificando-a como vencedora (fl. 11.110 do Processo 2015-0.097.424-9). O Consórcio Ecobraslux foi inabilitado por irregularidades em sua garantia de proposta, enquanto o Consórcio Walks foi excluído em razão de aplicação estendida de inidoneidade, devido à confusão patrimonial da empresa Quatro com a Alumini, esta última declarada inidônea pela Controladoria Geral da União, além de também não ter apresentado, segundo entendimento da CEL, garantia da proposta com todas as exigências necessárias.

Conforme Ata da Reunião da Comissão Especial de Licitação de 08 de janeiro de 2018, a proposta apresentada pelo Consórcio FM Rodrigues possuía valor de contraprestação mensal máxima R\$ 30.158.492,00. Ressalta-se que, mesmo excluída do certame pelos motivos mencionados acima, o Consórcio Walks havia tido sua proposta comercial aberta, via medida judicial liminar, tendo apresentado como contraprestação mensal máxima o valor de R\$ 23.259.392,00.

Dado o relevante período de tempo decorrido entre a apresentação dos envelopes com as propostas (fevereiro de 2016) e a declaração do vencedor (início de 2018), foi necessária a criação de um Processo Administrativo com o objetivo de atualizar o Plano de Trabalho e seus respectivos valores. Além do tempo transcorrido, relevante notar que, nesse período, no mínimo 55.000 pontos de iluminação já haviam sido modernizados para a tecnologia LED por meio de contrato anterior, o de nº 66/SES/2011.

Dessa forma, conforme Processo nº 2018-0.018.529-0, o Plano de Trabalho apresentado pelo consórcio vencedor, FM Rodrigues/CLD passou por modificações, principalmente em relação à redução do prazo inicial para a troca de todos os pontos de iluminação para a tecnologia LED, anteriormente definido em 5 anos e que passou a ser de 3, ensejando na proposta de modernização de 33% dos pontos a cada ano.

Além disso, devido ao volume de lâmpadas que já haviam sido trocadas, o valor da contraprestação máxima foi reduzido para R\$ 28.903.500,00.

Do resultado dos trabalhos, destacam-se os seguintes achados, apresentados de forma resumida abaixo:

CONSTATAÇÃO 001 - Características do Edital referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 restringiram a competitividade do Certame e diminuíram sua atratividade

1.1 - Ausência de qualquer tipo de Garantia presente no Art. 8º da Lei nº 11.079/2004 ao Parceiro Privado: Concluiu-se que a garantia seria elemento necessário à atratividade e competitividade do certame e que sua ausência acabou por afastar diversos interessados, resultando em uma única proposta válida.

1.2 - Ausência de Repartição do Objeto em Parcelas: A Lei nº 8.666/1993 determina que a Administração Pública deve repartir o objeto de suas licitações de compras, obras e serviços no máximo de parcelas possíveis, levando-se em consideração a viabilidade econômica e técnica, até o limite em que não haja perda da economia de escala. Isso ocorre com vistas a aumentar a competitividade de certame, permitindo um maior número de participantes e obtendo os menores

preços por cada lote individualizado, aproveitando-se de eventuais especializações. No entanto, no que se refere à PPP de Iluminação Pública do Município de São Paulo - Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, que foi realizada em um único lote, não se localizou justificativa que fosse, de fato, fundamentada em um dos casos apontados na lei, não se demonstrando inviabilidade técnica ou econômica ou ainda perda na economia de escala em caso de repartição do objeto. Dessa forma, não existindo inviabilidade técnica pela repartição do objeto ou economia de escala relevante na licitação em um único lote, restou constatado o desrespeito ao parágrafo primeiro do Art. 23 da Lei 8.666.

1.3 - Falta de Detalhamento e Atualização de especificações importantes para a elaboração do Plano de Negócios: Constatou-se que dados relevantes inerentes, dentre outras coisas, à quantidade de luminárias instaladas por endereço, as especificações das lâmpadas já instaladas não foram devidamente divulgadas ou incorporadas ao edital/projeto de referência, concedendo vantagem às Alumini e FM Rodrigues, por já estarem prestando os serviços. Adicionalmente, identificou-se falha na atualização do Plano de Negócios, impossibilitando maior controle sobre os preços, taxas e condições ofertados pela proponente e a consequente preservação do erário contra gastos inadequados. Como exemplo dos prejuízos advindos da defasagem, tem-se que, como a TIR do PN referencial não foi atualizada, o Consórcio FM Rodrigues / CLD manteve, em sua proposta atualizada, sua TIR em 9,17% a.a., sendo que em virtude do tempo decorrido entre a data da apresentação da proposta original e a da apresentação da proposta atualizada, houve a redução em quase 50% no valor da SELIC.

CONSTATAÇÃO 002 - Ausência de Embasamento pela escolha do Modelo de PPP: Não se identificou justificativa, em termos quantitativos, que demonstrassem os reais benefícios da contratação por meio de Parceria Público-Privada (PPP) em detrimento da regida pela Lei nº 8.666/1993.

CONSTATAÇÃO 003 - Atribuição do Pagamento pelo consumo de Energia Elétrica ao Parceiro Privado configurando escolha desfavorável à Administração: No Contrato referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 consta que é obrigação da Concessionária realizar os pagamentos dos gastos em energia, relativos à iluminação, diretamente à distribuidora de energia elétrica; todavia, dado que a própria Prefeitura poderia responsabilizar-se pelos pagamentos referentes à energia elétrica, entende-se que tal opção não trará benefícios ao Poder Público, configurando, inclusive, opção mais onerosa ao erário, sendo que tais gastos representam, aproximadamente, 59,6% do total de custos e despesas operacionais do projeto. Em suma, como os valores envolvidos na remuneração passam a fazer parte do fluxo de caixa do consórcio contratado, se submetem a aplicação da taxa interna de retorno (TIR), significando, em termos práticos, que os valores a pagar pela energia elétrica estariam sujeitos a um prêmio cobrado pela concessionária (o TIR da proposta da FM Rodrigues foi de 9,17%) o que não aconteceria caso a própria Prefeitura se responsabilizasse pelos pagamentos diretamente.

CONSTATAÇÃO 004 - Desigualdade nos Critérios de Avaliação dos documentos de Habilitação e de Garantia da WALKS e da FM: Um dos motivos apresentados pela CEL para a exclusão do Consórcio Walks do Certame se refere ao aumento do risco de não pagamento da garantia devido à hipótese de declaração da suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e/ou declaração de inidoneidade; todavia, consoante princípio da igualdade insculpido na Constituição Federal de 1988, Art. 5º, tal garantia deveria ser cobrada de todos os licitantes, bem como constar no Edital de modo a possibilitar, à Unidade, a cobrança de tal proteção. Também entendeu-se como prudente a Unidade licitante aguardar o trânsito em julgado do processo judicial referente à legalidade da participação do Consórcio Walks

na licitação da PPP, pois, quanto mais licitantes participassem do evento licitatório, maiores seriam as chances de a Administração Pública encontrar a melhor proposta, bem como que, caso o ato administrativo que excluiu o Consórcio Walks seja considerado ilegal no âmbito judicial, tal ato será anulado, provocando, em geral, efeitos *ex tunc*. Adicionalmente, dada a defasagem de tempo transcorrida no certame, houve conduta da Comissão de Licitação em solicitar a atualização de apenas alguns documentos de habilitação, configurando imperícia, visto que a documentação relacionada à habilitação jurídica, assim como alguns documentos da qualificação técnica e outros da qualificação econômico-financeira constantes do Edital, cuja atualização não foi requerida, são de extrema importância.

CONSTATAÇÃO 005 - Fragilidades na composição do Plano de Negócios Referencial:

Inicialmente, tem-se que o Plano de Negócios foi composto apenas por parte dos estudos do Chamamento Público nº 01/SES/13, tendo em vista que nem todos tinham elementos aproveitáveis. Também não resta clara a obrigação da concessionária quanto ao reinvestimento em luminárias a partir do 13º ano, com custo de R\$ 590.900.000,00, sendo que a vida útil das luminárias referenciais do Plano de Negócios é projetada para 20 anos, o mesmo prazo da concessão. Adicionalmente, observa-se que, na PPP em questão, a avaliação sobre os custos dos materiais (insumos), custos indiretos e obrigações complementares, foi delegada ao Parceiro Privado, carecendo o PNR de dados detalhados sobre tais itens.

O detalhamento das ações executadas nesta auditoria está descrito nos anexos deste relatório, a saber:

Anexo I - Descritivo;

Anexo II - Parte Introdutória da Manifestação da Unidade Auditada

Anexo III - Escopo e Metodologia;

Informada sobre os problemas encontrados, a Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais (SMPR) se manifestou por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, conforme Documentos 9233698, 9234083 e 9235135, elaborados com a colaboração do próprio Departamento de Iluminação Pública - ILUME, pertencente à estrutura da SMPR e da Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras - SIURB, pasta originalmente responsável pelo certame, sendo que as respostas seguem copiadas na íntegra após cada constatação sob o título Manifestação da Unidade, Plano de Providências e Prazo de Implementação seguidas da Análise da Equipe de Auditoria e das respectivas Recomendações.

No início e final do texto de sua manifestação, a Unidade também encaminhou uma introdução e conclusão, respectivamente, que não faz referência direta a nenhuma das Constatações apontadas por este Relatório. Essa parte do documento foi copiada na íntegra no Anexo II - Parte Introdutória e Conclusiva da Manifestação da Unidade, juntamente com a análise da equipe de auditoria sobre tal manifestação.

Recomenda-se o encaminhamento deste relatório para a Corregedoria Geral do Município, visando à adoção das providências cabíveis para definição de eventuais responsabilidades administrativas, disciplinares, civis e político-administrativas, diante das irregularidades constatadas, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

São Paulo, 20 de julho de 2018.

ANEXO I - DESCRITIVO

CONSTATAÇÃO 001 - Características do Edital Referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 que Restringiram a Competitividade do Certame e Diminuíram sua Atratividade:

1.1 - Ausência de Garantia ao Parceiro Privado:

A Lei nº 11.079/2004 passou a instituir normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas na União, Estados e Municípios. Tal norma fez-se necessária devido à complexidade que esse tipo de contrato administrativo possui, não sendo possível regê-lo apenas com a legislação anterior destinada a licitações comuns.

As parcerias público-privadas (PPP's) são concessões nas modalidades patrocinada ou administrativa, cujo valor do contrato deve ser igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (R\$ 20.000.000,00 à época da publicação do edital referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, valor modificado posteriormente pela Lei nº 13.529/2017) e o prazo não inferior a cinco anos. Além disso, seu objeto não pode restringir-se apenas ao fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública.

Dados os maiores prazos e valores envolvidos, a Lei destinada a regulamentar as PPP's (nº 11.079/2004) passou a dispor de alguns mecanismos para viabilizar a participação do parceiro privado, tornando o contrato administrativo mais atrativo. Dentre tais mecanismos, estão: a repartição de riscos entre as partes (III, Art. 5º), a atualização automática de valores sem necessidade de homologação pela Administração Pública (§ 1º, Art. 5º) e a concessão de garantia ao parceiro privado em relação às obrigações pecuniárias contraídas pelo Poder Público (Art. 8º). Assim dispõe a referida lei sobre este último ponto:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...)

VI - os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; _

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI - outros mecanismos admitidos em lei. _

Fato é que, pelo texto da Lei, a concessão de garantia ao parceiro privado não se trata de obrigação, mas sim de faculdade disposta à Administração Pública, que poderá ou não implementá-la no edital do certame. No entanto, torna-se necessário esclarecer que a discricionariedade do Poder Público (neste caso, a respeito da decisão sobre previsão ou não de uma garantia) deve sempre estar direcionada e limitada pelos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, e não por mera vontade ou arbitrariedade.

Quanto a isso, faz-se necessário, primeiramente, destacar a grandeza do certame em análise: o Edital referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, para Parceria Público-Privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo, estipula um prazo de 20 anos e valor total estimado do Contrato em R\$ 7.238.400.000,00.

Ao comparar tais valores com o padrão mínimo estabelecido pela Lei nº 11.079/2004 para que a concessão passe a ser enquadrada como parceria público-privada, de prazo mínimo de cinco anos e valor mínimo de R\$ 10.000.000,00, parece evidente que a PPP de iluminação deva ser considerada de altíssima complexidade, dado que seu prazo é quatro vezes maior e seu valor 723 vezes superior (361 vezes maior do que o piso anterior de R\$ 20.000.000,00, vigente à época do edital) aos respectivos pisos.

Adicionalmente, destaca-se que a referida PPP seria realizada na modalidade concessão administrativa, na qual, diferentemente da concessão patrocinada, em que existe o ingresso de recursos por meio de tarifas pagas pelo usuário, a única fonte certa para o fluxo de caixa do parceiro privado são os pagamentos realizados pela Prefeitura.

Dessa forma, entende-se que, seguindo os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, e, considerando o prazo e o valor envolvidos no certame em análise, a concessão de garantia por parte do Poder Público ao parceiro privado torna-se uma evidente obrigação, sendo um elemento necessário à atratividade e à competitividade da licitação. No entanto, ao verificar-se o Edital referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, constata-se a ausência de qualquer tipo de garantia oferecida pela Administração.

Registra-se que, em uma primeira publicação do Edital, em 23/04/2015, apesar de inexistir qualquer uma das formas de garantia listadas pelo Art. 8º da Lei 11.079/2004, estava estipulada, no item 21.6, a existência de uma conta bancária, chamada de `conta vinculada_, para a qual seriam destinados os valores arrecadados mediante a COSIP, a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública. Esses valores seriam então utilizados para o pagamento da concessionária.

No entanto, em julgado sobre a regularidade do Edital referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, (fls. 4021 a 4025 do Processo 2015-0.097.424-9) o Tribunal de Contas do Município de São Paulo decidiu pela impossibilidade de estabelecimento da `conta vinculada\_ sem autorização legislativa, baseando-se na Lei nº 13.479/2002 e entendendo haver, pelo texto até então presente no Edital, um desautorizado vínculo indireto entre a arrecadação da COSIP e a citada `conta vinculada_, apontando como condição à reabertura do Edital, uma dentre as seguintes opções: manter a conta vinculada, conforme publicado, exigindo-se, nesse caso, uma lei autorizativa; ou retirar a existência de tal conta, podendo prever a existência de uma conta comum, sem vinculação.

A Administração Pública optou, então, pela remoção do item referente à conta vinculada, no entanto, sem adicionar qualquer outro tipo de garantia ao contrato, conforme visto a partir da

republicação do Edital referente à Concorrência Internacional nº01/SES/2015 em 13/11/2015, o que, conforme dito acima, contraria os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, prejudicando a atratividade e a competitividade da licitação.

Alerta-se ainda para o fato de que a remoção da conta vinculada, sem a adição de nenhuma forma de garantia por parte do Poder Concedente, altera significativamente a estrutura contratual, ao passo que dificulta a obtenção de financiamentos e garantias por parte do parceiro privado. Isso porque aumentam-se os riscos e, conseqüentemente, elevam-se os juros e custos de transação, sem, no entanto, ter havido qualquer alteração no plano de negócio e nos valores referenciais.

Ao se analisar o Processo nº 2015-0.097.424-9, é possível verificar a existência de diversos pedidos de impugnação e esclarecimentos, solicitações e manifestações, baseados na ausência de garantia após a remoção da conta vinculada.

À fl. 5659 do referido processo, em uma solicitação de prazo suplementar para entrega dos envelopes, a Empresa Urbeluz Energética S.A. assim se manifestou sobre a ausência de garantia:

*‘Além disso, com a exclusão de conta vinculada, o Edital passou a não prever qualquer garantia de pagamento da contraprestação devida ao licitante vencedor, que ficou, portanto, em situação de extrema vulnerabilidade. Importante ressaltar, por fim, que as dificuldades acima relatadas estão sendo sentidas por todas as empresas sérias interessadas em participar da Concorrência, **havendo grave risco de não haver licitantes ou de haver número reduzidíssimo**, sem qualquer compromisso real com a entrega do objeto licitado, o que é ainda mais grave ao interesse público. _ (Grifo nosso).*

Em manifestação aos termos do Edital (fls. 5717 a 5727), a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (APEOP) alega que:

*‘Um dos pontos mais importantes na estruturação de parcerias público-privadas é assegurar que o próprio contrato possa ser oferecido como garantia dos indispensáveis financiamentos a serem tomados pelo parceiro privado para aplicação nas atividades assumidas (Project Finance). A medida é fundamental porque (a) diminui os custos de financiamentos tomados (fato decorrente da desnecessidade de oferecimento de garantias próprias pelo parceiro privado, desvinculadas do contrato), com reflexos no preço da contratação, e porque (b) **amplia a competição do certame (maior número de empresas aptas a dele participar, por acesso a financiamentos)**, novamente com reflexo no preço da contratação. Ela, portanto, a um só tempo, atende ao interesse público e ao das empresas que pretendam disputar a parceria público-privada. _ (Grifo nosso).*

À fl. 5773, a empresa GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas solicita a previsão de mecanismo de garantia à contraprestação mensal, justificando-se da seguinte forma:

‘(...) A exclusão do instrumento [conta vinculada] certamente impactará a viabilidade do projeto, sobretudo no que tange à dificuldade de obtenção de financiamento de longo prazo pela futura concessionária, em especial perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). _

‘A estruturação de um modelo sólido de garantias confere maior segurança ao projeto e, consequentemente, potencializa a atração de licitantes e melhores propostas à Administração Pública.’

Em manifestação posterior, à fl. 5828, a GE reitera e complementa sua posição, desta vez destacando a Carta AS/DEGEP nº 118/2015, veiculada pelo BNDES após as modificações ocorridas no edital:

‘Corroborando o nosso receio, o BNDES veiculou a Carta AS/DEGEP Nº118/2015, datada de -2 de dezembro de 2015 por meio da qual informou expressamente que “[e]m face das recentes alterações no edital [notadamente, em nossa visão, a exclusão de qualquer mecanismo firme de garantia pública apto a traduzir a necessária segurança jurídica em relação aos pagamentos devidos pela Administração Pública à futura Concessionária], o BNDES deverá realizar operação de financiamento na modalidade de “Corporate Finance” e/ou garantia por fiança bancária para todo o período do contrato, com os instrumentos usualmente adotados para esse tipo de financiamento.

As condições rigorosas impostas pelo BNDES para o financiamento da Concessão decorreram, indubitavelmente, da ausência de mecanismo garantidor no bojo do protejo. Tanto é assim que, na citada carta, pontuou que, “[n]a hipótese de o Poder Concedente vir a estruturar garantias para o pagamento das Contraprestações previstas no contrato de PPP, o BNDES poderá considera-las na estruturação do financiamento...”

Para comentar tal manifestação é necessário esclarecer que, primeiramente, o BNDES, por meio da Carta AS/DEGEP nº 147/2014, direcionada à Prefeitura de São Paulo em 11/11/2014, havia manifestado o interesse em apoiar projetos de Iluminação Pública no Brasil. Consolidando tal interesse, conforme Carta AS/DEGEP nº 156/2014, antes da retirada da conta vinculada do edital, o banco apresentou as condições gerais aplicáveis para o financiamento da futura PPP de Iluminação de São Paulo, citando o produto ‘BNDES Project Finance’.

A equipe de auditoria verificou a Carta AS/DEGEP nº 118/2015 (citada na manifestação da GE) emitida pelo BNDES após as modificações no edital (retirada da conta vinculada), na qual o banco informa que as condições de empréstimo continuam válidas, porém, que a operação de financiamento será realizada na modalidade ‘Corporate Finance’ e/ou garantia por fiança bancária, diferentemente da modalidade ‘Project Finance’ citada na Carta AS/DEGEP nº 156/2014.

Ressalta-se que, enquanto a modalidade de financiamento ‘Project Finance’ apoia-se nos fluxos de caixa do próprio projeto, o ‘Corporate Finance’ é o modelo convencional, muito mais dependente da capacidade de endividamento da própria empresa, e, portanto, mais restritivo.

Continuando com os diversos pronunciamentos contrários à ausência de garantia ao parceiro privado, o Sindicato da Indústria de Lâmpadas e Aparelhos Elétricos de Iluminação do Estado de São Paulo (SINDILUX), em documento à fl. 5808, assim se manifestou:

‘(...) A extinção desse mecanismo [conta vinculada], sem a sua substituição por outro que possa ser considerado juridicamente razoável sob a perspectiva da iniciativa privada, impacta negativamente a atratividade do projeto (...)’.

‘Como medidas, a Administração Pública Municipal de São Paulo deveria repensar a questão da garantia pública do projeto. Deveria reconhecer a essencialidade da prestação de garantias firmes em parcerias público-privadas, bem como o importante papel por elas

desempenhados na facilidade de obtenção de financiamentos de longo prazo. Por esse motivo, deveria se comprometer a prestar à Concessionária garantia ou fluxo de pagamento da contraprestação devida a ela que, por si só, pudesse ser aceita por ela e por seus financiadores de longo prazo como instrumento para que o financiamento fosse viabilizado a taxas de juros praticadas em empreendimentos semelhantes e para que fosse dada a segurança jurídica em relação às contraprestações públicas devidas ao longo da prestação dos serviços concedidos. _

A empresa Enterpa Engenharia ofereceu impugnação ao edital (fls. 6021 a 6030), contendo, dentre outras razões, a ausência de prestação de garantia pelo Poder Público:

`A omissão [de garantia oferecida pela Administração Pública] restringe a ampla participação no certame, na medida em que inviabiliza que o próprio contrato seja oferecido como garantia às obrigações assumidas por ocasião dos financiamentos que, via de regra, são tomados pelo parceiro privado para consecução do objeto. _

`Nestes termos, a omissão [de garantia do Poder Público] e a supressão [da conta vinculada] já citados inviabilizam a participação de empresas que precisarão buscar investimentos junto ao mercado financeiro, obrigando-as a oferecer garantias próprias ao adimplemento das obrigações pecuniárias assumidas, dificultando, por conseguinte, a estruturação de Project Finance. _

`É verdade que, em tese, a Administração Pública tem margem de liberdade para optar pelo oferecimento de garantia do cumprimento de suas obrigações. No caso concreto, porém, a supressão de garantia antes existente é desnecessária e arbitrária, porque reduz a disputa pelo contrato, inclusive com reflexos no valor da contraprestação mensal a ser definido (decorrência da redução do universo de licitantes). _

Mais um pedido de impugnação, oferecido em conjunto pelas empresas GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas, Engeform Construções e Comércio, Manserv Montagem e Manutenção e Selt Engenharia, aborda a questão de necessidade da previsão de garantia pública (fls. 6065 a 6072):

`Portanto, a estruturação de um modelo sólido de garantias confere maior segurança ao projeto e, conseqüentemente, potencializa a atração de licitantes e melhores propostas à Administração Pública (...). _

`É inegável a função desempenhada por garantias públicas em parcerias público-privadas, sobretudo em projetos de infraestrutura de tamanha envergadura, como o presente. Mais do que o receio acerca de eventual inadimplemento por parte do Poder Concedente, paira a incerteza sobre a possibilidade de obtenção de financiamento de longo prazo, em condições competitivas, em especial perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (`BNDES_), o que, por si só, tem o condão de inviabilizar a Concessão. _

`Como se sabe, os principais fatores levados em consideração por instituições financeiras na avaliação de financiamentos de projetos de grande porte são, de um lado, os riscos envolvidos no projeto e, de outro, as garantias que protegem ou, pelo menos, mitigam tais riscos. Ao analisar o risco de inadimplemento das obrigações de pagamento pela Prefeitura, as instituições financeiras poderão concluir pela inviabilidade do financiamento deste projeto na modalidade Project Finance, tal como já fez o BNDES. Isso porque, a

partir de um exame objetivo, a falta de pagamento público não resta mitigada por qualquer forma de garantia. _

*` (...) a ausência de linha competitiva de financiamento poderá fazer com que as propostas comerciais das potenciais licitantes não estejam condizentes com o valor máximo de contraprestação pública estabelecido no edital e com as obrigações estabelecidas contratualmente. **Ou pior: sequer estarão aptos a participar do certame. Assim, a questão poderá fazer com que o certame seja deserto, em prejuízo dos próprios interesses da Administração Pública local.** _ (Grifo nosso).*

Desta forma, presume-se que a Administração tinha condições para concluir que a retirada da conta vinculada, sem a adição de uma garantia à contraprestação mensal, criaria dificuldades a diversos interessados no certame, principalmente em relação à obtenção de financiamentos e ao risco referente à inadimplência do Poder Público. Portanto, estava visível o perigo de que diversas empresas, antes empenhadas em participar do certame, poderiam abandonar a disputa.

Como justificativa à ausência de garantia ao parceiro privado, ao elaborar as respostas às manifestações acima (fls. 6048 a 6050, ao pedido de impugnação da Enterpa Engenharia), a Comissão Especial de Licitação (CEL) alegou, primeiramente, que não incorre em qualquer ilegalidade, dado que, em sua interpretação, a garantia não é requisito legal obrigatório. Afirma ainda que, no projeto de PPP da iluminação pública de São Paulo, subsiste uma série de previsões legais que constituiriam *`garantias_* à concessionária, protegendo-a contra eventual descontinuidade dos fluxos de pagamento, mesmo na inexistência de conta vinculada.

Isso porque, segundo a Comissão de Licitação:

*` (...) os recursos provenientes da Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública - COSIP (que é paga pelos cidadãos por meio da conta de luz e é arrecadada pela distribuidora local de energia elétrica na condição de responsável tributária) **possuem vinculação obrigatória**, nos termos do artigo 149-A da Constituição Federal de 1988 e o do art. 1º da Lei Municipal nº 13. 479/02. **Ou seja, elas só podem ser consumidas para o pagamento dos serviços de iluminação da cidade.***

*Tais recursos são ainda segregados contabilmente do orçamento municipal por meio do Fundo Municipal de Iluminação Pública - FUNDIP, criado pela Lei Municipal nº 13.470/02. O FUNDIP constitui uma fonte orçamentária permanente para os gastos que a Administração Municipal tem com os serviços de iluminação pública, **sendo vedado, conforme visto, utilizar-se dos recursos nele existentes para outros fins.** _ (Grifos nossos).*

Tal justificativa não merece prosperar, dada a possibilidade de desvinculação de tais receitas por alterações constitucionais e legislativas, conforme já ocorreu recentemente mediante a Emenda Constitucional nº 93/2016 e do Decreto Municipal nº 57.380/2016. Assim dispõe, inclusive, a Portaria da Secretaria Municipal da Fazenda nº 200, de 31/07/2017:

` Art. 1º Fica autorizada a transferência para a conta movimento das receitas correntes desvinculadas em conformidade com o Decreto Municipal nº 57.380, de 13 de outubro de 2016, no montante de R\$ 383.747.487,48, referente aos valores arrecadados em 2017 e cujos registros tenham ocorrido até 14/07/2017, conforme cálculo de disponibilidade para desvinculação de receitas municipais constante do ANEXO ÚNICO desta portaria. (Redação dada pela Portaria SF 24/2018).

(...)

ANEXO ÚNICO da Portaria SF nº 200, de 31 julho de 2017.

(...)

123051000000 - Contr. p/ Custeio Serv. Ilum. Públ - COSIP/FUNDIP FUNDIP Art. 1o, I (Fundo Municipal) 251.628.129,86 30,000% 75.488.438,95 0,00 75.488.438,95 _ (Grifo nosso).

Dessa forma, é impraticável que empresas possam considerar, ainda mais por se tratar de um contrato com prazo de 20 anos, que dispositivos constitucionais e leis municipais, todos passíveis de alteração, que inclusive já ocorreram recentemente, sirvam como garantia às contraprestações do município, sem que o parceiro privado disponha de qualquer mecanismo contratual para se proteger.

Outro argumento utilizado pela Comissão que, em sua visão, dispensaria a existência de garantia, é a obrigatoriedade ao empenho global das despesas geradas com a PPP, previsto para cada exercício da concessão, consoante subitem 4.1. do Anexo IV do contrato. Segundo a CEL, tal previsão contratual *`robustece a estrutura de pagamentos da futura concessionária, sabendo-se que somente poderão ser assumidas novas despesas com iluminação pública pelo Município (além daquelas relacionadas à PPP) na hipótese de haver saldo orçamentário e financeiro suficiente, que extravase os montantes empenhados`*.

No entanto, apesar de ser um dispositivo importante, torna-se praticamente inócuo sem a existência de garantia à própria contraprestação, sendo que o mero empenho não garante o efetivo pagamento, dada a possibilidade de alterações orçamentárias ou falta de recursos.

A Comissão ainda alega que os valores arrecadados com a COSIP, que devem ser depositados no FUNDIP, não podem ser objeto de contingenciamento. No entanto, novamente, muito difícil verificar como tal fato poderia minimamente servir como garantia ao parceiro privado, ainda mais considerando a possibilidade de desvinculação já mencionada, ou até mesmo a alteração legislativa sobre essa vedação.

Quanto à alegada inexistência de ilegalidade na ausência de garantia, por esta não ser requisito legal obrigatório, a equipe de auditoria ressalta novamente que decisões discricionárias do Poder Público são limitadas, podendo sim ser consideradas ilegais na medida em que desrespeitam os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Tais princípios constituem em instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados. Dessa forma, os Estados não podem fazer simplesmente o que lhes aprouver, mas sim o que é aceitável como de boa razão e justa medida. Nesse sentido, não basta à Administração Pública o cumprimento rígido e literal da lei, sendo importante analisar, por meio de uma fundamentação lógica e justa, o verdadeiro encontro com a perspectiva de justiça.

Destaca-se que, após a republicação do Edital da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 (com a retirada da conta vinculada), apenas três licitantes apresentaram propostas à Comissão de Licitação. Dentre esses, o Consórcio Ecobraslux foi inabilitado já na fase de apresentação da garantia da proposta de preço; o Consórcio Walks foi inabilitado porque uma de suas integrantes, a Quatro Participações S/A, é controlada pela Alumini Engenharia S/A, a qual foi declarada inidônea; sendo analisado, ao final, apenas a proposta do Consórcio FM Rodrigues/CLD. Porém, enfatiza-se que a empresa CLD foi condenada no Cade, em 2015, por prática de cartel em licitação para contratação de serviços de sinalização e fiscalização de trânsito no município de Jaú, em São Paulo.

Concluindo, a falta de atratividade e competitividade, já alertada conforme diversas manifestações de empresas listadas acima, tornou-se evidente pelo número de participantes que entregaram suas propostas (apenas três consórcios), agravando-se ainda mais pelo fato de que apenas uma delas, segundo decisões da Comissão de Licitação, cumpria os requisitos do Edital, conforme será avaliado em maiores detalhes por outro item deste Relatório.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais encaminhou, à CGM, a seguinte manifestação:

Além da rediscussão da conta vinculada estar superada por preclusão, o retorno a matéria não traz consequência alguma ao processo findo.

O desafio do relatório está em organizar as informações, contextualizar, relembrar os acontecimentos para reportar com fidelidade a realidade do certame licitatório.

Primeiramente, cumpre lembrar o entendimento da época dos órgãos financiadores com relação à garantia de pagamento da contraprestação por parte do Poder Público, especificamente para hipótese de Concessão Administrativa.

A revista do BNDS (ed. Dez/2015) traz um artigo sobre garantia pública no contexto das parcerias público-privadas que destrincha as diversas modalidades de garantia que a Lei de PPP previu a fim de diminuir o risco de calote do Poder Público.

Não obstante a lei preveja diversas modalidades de garantias a serem prestadas pelo poder público, uma das principais dificuldades a ser superada dentro do contexto das PPPs diz respeito, especificamente a estruturação e segurança jurídica das garantias de pagamento prestadas pelo parceiro público, haja vista os diversos questionamentos existentes sobre a validade jurídica das garantias constituídas. Isso porque, a referida contrapartida visa mitigar ou eliminar o risco de inadimplência do ente público, fato que, considerando os valores investidos nos projetos de PPPs, pode ser determinante para a saúde financeira do investidor privado nos projetos de PPPs.

Sob o ponto de vista jurídico, as garantias devem ser analisadas a partir das perspectivas da outorga (validade e segurança dos direitos sobre a garantia) e da execução (extrajudicial e automática).

As garantias e restrições para utilização

Vale ressaltar que algumas modalidades previstas em lei, como a garantia prestada por fundos, não tiveram aplicabilidade até o presente momento, como, por exemplo, o Fundo Garantidor de Parcerias Pú-

blico-Privadas (FGP),⁹ destinado a garantir as obrigações pecuniárias¹⁰ nos contratos de PPP. Nesse tocante, cabe destacar, ainda, que no âmbito federal existe apenas um projeto de PPP executado.

A despeito do FGP não ter aplicabilidade prática, alguns estados já constituíram fundos garantidores, visando oferecer garantias financeiras aos parceiros privados para a cobertura das contraprestações dos projetos contratados via PPP.

A ausência de utilização dos fundos já constituídos – FGP e fundos estaduais – decorre do desconforto dos agentes privados em aceitar esse tipo de garantia, em virtude da falta de personalidade jurídica independente desses fundos em relação ao ente público e também devido ao conflito de interesse do ente público, que detém a prerrogativa de liberação dos recursos nos casos de

A íntegra do artigo pode ser conferida no link abaixo. file:///E:/RB%2044_final.pdf

Do artigo acima, extrai-se a pouca experiência com o uso de Fundos Públicos como garantia, do principal Órgão de financiamento e apoiador de projetos na área de infraestrutura no Brasil.

O art. 71 da Lei 4.320/64 que institui as normas gerais de direito financeiro afirma que:

Art. 71 - Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam a realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Os fundos públicos não mecanismos de natureza contábil, ou financeiro sem personalidade jurídica. Portanto, não praticam nenhuma espécie de ato jurídico, mas validamente se prestam a segregar receitas com destinação específica. Na esfera orçamentária constitui exceção à regra de retorno de recursos erários ao final do exercício.

Integram o sistema orçamentário. São geridos com auxílio de um Conselho e sujeitos à diversas formas de CONTROLE, inclusive pelo Ministério Público na defesa do Patrimônio Público.

A divulgação equivocada da compreensão dos Fundos Públicos à época, em razão da inaplicabilidade para os projetos de PPP Federais e Estaduais, traduziu sinais impróprios a todo setor financeiro. Mensagens estas já reproduzidas nas condições apresentadas por esse Banco para a PPP de iluminação, conforme apresentação de maio de 2015 (anexada).

Contudo, essa assertiva não ECOA para o setor de Iluminação Pública, posto que os prestadores e fornecedores são acostumados com a segurança de recebimento nas prefeituras, onde existe instituída a fonte de recursos vinculados da contribuição para custeio dos serviços de Iluminação Pública - COSIP/CIP.

Nesse sentido, não parece crível sob o ponto de vista técnico, a divulgada desistência de `players`. A história aponta para um pretexto haja vista a abertura de inquérito do Ministério Público para apurar tratamento privilegiado a empresa GE latin America, conforme notícia divulgada em 31.05.15

SÃO PAULO - O Ministério Público Estadual abriu um inquérito civil para apurar `irregularidades na licitação`, `favorecimento de empresas` e técnicas desvantajosas na proposta de Parceria Público-Privada (PPP) que a gestão Fernando Haddad pretende fazer para trocar as

lâmpadas da iluminação pública da cidade por luzes de LED. A representação é contra a Prefeitura e a empresa GE Latin America.

O inquérito civil foi aberto com base em uma representação recebida em junho em que há relato, segundo a promotora do Patrimônio Público Karina Mori, responsável pela ação, de `contatos da empresa interessada no serviço em data anterior à abertura do processo administrativo\_ e `publicação de edital na pendência de audiência pública._ Cf. link <https://saopaulo.estadao.com.br/noticias/geral,mp-investiga-suspeita-de-favorecimento-na-ppp-da-iluminacao,1735537>)

*Na verdade, os casos concretos de PPP de Iluminação não apontam maior número de competidores em que a conta vinculada integrou o Modelo adotado. Tanto que na PPP de Belo Horizonte, em que pese o Edital prever a existência **de garantias extras na forma de conta vinculada e conta de reserva**, apenas **dois** licitantes entregaram propostas. Inúmeros foram os interessados, mas no fim dois Consórcios disputaram a PPP.*

Por outro lado, a PPP de Uberaba aparentemente seguiu o modelo da PPP de Belo Horizonte, e teve a licitação suspensa pelo TCE/MG, conforme notícia divulgada em 2016 no portal G1, que poderá ser conferida no link globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2016/04/tce-suspende-licitacao-da-iluminacao-publica-em-uberaba.html

*`A atuação do Tribunal ocorreu a partir de uma denúncia, com pedido de liminar, formulada por José Firmo do Carmo Júnior, com três tópicos: a) violação ao princípio da eficiência, pois o texto do edital limita o objeto licitado à iluminação pública; b) **ilegalidade na utilização da receita da COSIP para garantir o custeio de contratos** celebrados sob o formato de parceria público-privada; e c) ausência de atendimento da legislação NBR 15129:2012, que cuida dos requisitos particulares das luminárias para iluminação pública._*

A PPP de Uberaba foi retomada apenas em 2018, Encontra-se em consulta pública e prevê como garantia um contrato de depósito, ou seja, com característica de FUNDO mas sem ser chamado de FUNDO já que para ser FUNDO público há necessidade ser criado por LEI. O Edital pode ser consultado no link <file:///C:/Users/Alessini/Documents/ppp/editais/CR%20-%202018%20-%20PPP%20ILUMINACAO%20PUBLICA.pdf>

Já para o conjunto de PPPs de Salvador a Lei 9092/16 criou um Fundo de Participação Municipal - FPM e conferiu autorização para o Poder Concedente realizar cessão fiduciária de receitas não tributárias.

Além disso, e previu na minuta de contrato da PPP de Iluminação a criação de uma garantia pública, consoante pode ser conferido no link abaixo http://ordempublica.salvador.ba.gov.br/arquivos/000_EDITAL_CONCORRENCIA_001-2018-SEMOP.pdf

`DESEMBOLSO E GARANTIA PÚBLICA

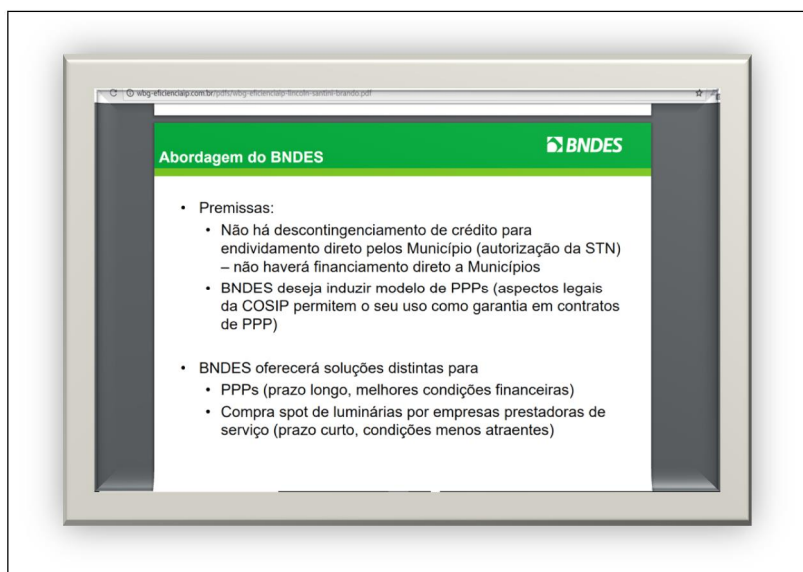
9.34. Pela execução do objeto do CONTRATO, o PODER CONCEDENTE pagará a CONCESSIONÁRIA a CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL nos termos da MINUTA DO CONTRATO.

9.35. Para garantir o pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL e de quaisquer outros valores devidos à CONCESSIONÁRIA no âmbito da CONCESSÃO, o Município de Salvador instituirá garantia pública, nos termos previstos na MINUTA DO CONTRATO.

*9.36. A garantia pública poderá ser constituída por quaisquer dos mecanismos admitidos em lei, nos termos do art. 8º da Lei nº 11.079/ 2004, além da possibilidade de utilização do Fundo de Custeio de Iluminação Pública - **FUNCIP**._*

É certo que a maioria dos projetos prevê como garantia do Poder Público um fundo público especial, criado por lei, o que lhe confere destinação especial. Esse instrumento orçamentário é revestido de segurança por estar sujeito à estruturação de direito publico, cujas despesas são acompanhadas pelo Conselho e órgãos de Controle, inclusive do Ministério Público Estadual.

A propósito do tema, sugerimos consultar a apresentação do BNDES que entende a COSIP como **garantia do fluxo de pagamento da contraprestação**.



Matéria do Valor Econômico, divulgada no site da empresa pública DESENVOLVE SP, esclarece melhor a razão do interesse do mercado nas PPPs de Iluminação.

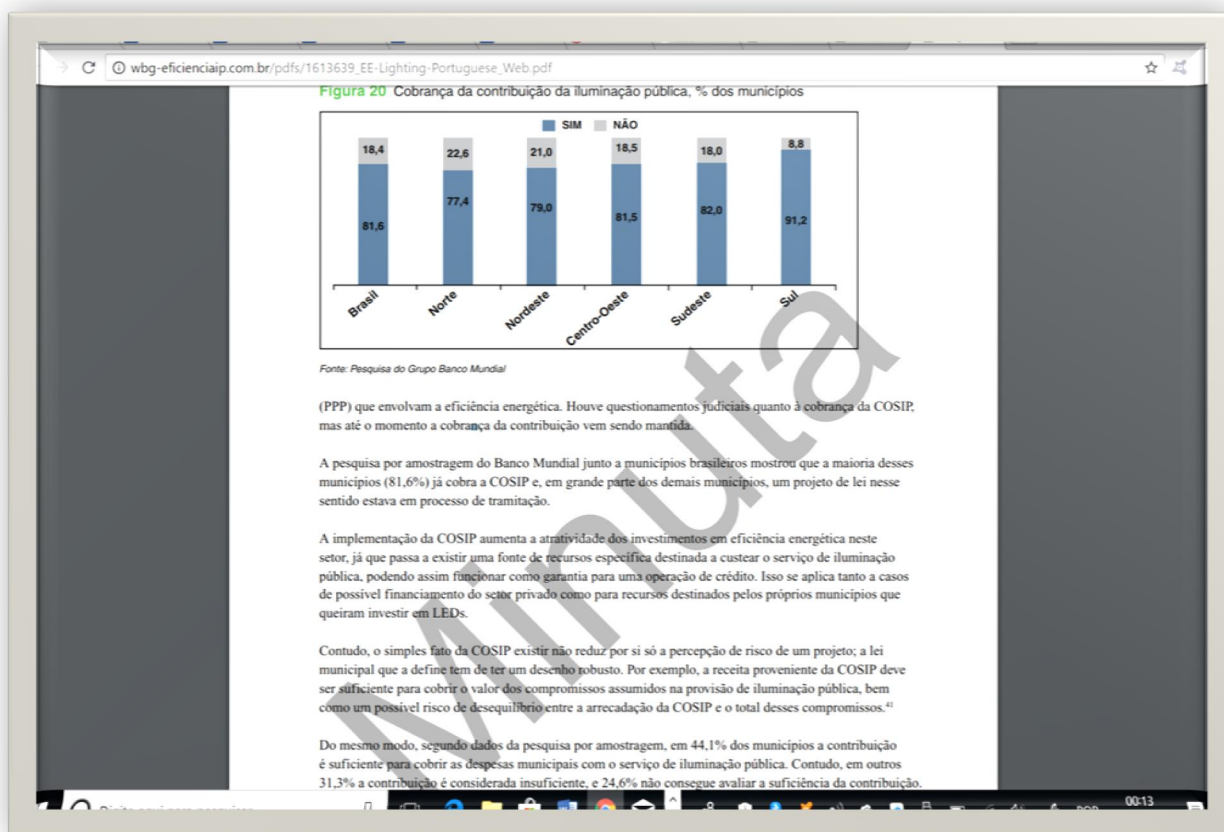
<http://www.desenvolvesp.com.br/comunicacao/noticias/municipios-avancam-nas-ppps-como-alternativa-falta-de-verbas/>

‘Entre os projetos de PPP, o setor de iluminação pública é um dos que mais avançam.’ Houve um crescimento grande nos últimos anos e existem 165 municípios pensando ou que já assinaram contratos de PPP em iluminação pública, diz Pereira. Segundo os especialistas, o interesse por esse tipo de PPP está relacionado ao uso de tecnologia de LED e também à **garantia de fluxo de pagamento aos investidores privados por meio do CIP/COSIP**, contribuição municipal cobrada na conta de energia elétrica dos consumidores. _

Como se vê, ao contrário do AFIRMADO pela Auditoria, ESPECIALISTAS da área de PPP esclarecem que a atratividade dos projetos de PPP de Iluminação está ligada a existência da COSIP ou da CIP que **GARANTA o fluxo de caixa**.

1. COSIP Trata-se do imposto cobrado pelas empresas distribuidoras na conta de energia elétrica dos consumidores e que é repassado ao município para cobertura das despesas de custeio e expansão de seu sistema de iluminação pública. Trata-se de um fundo dedicado, não podendo ser usado para outras finalidades. A COSIP apresenta segurança jurídica como garantia para a modernização do setor de IP. Trata-se de um diferencial competitivo que atrai capitais privados para participar da modernização do setor, seja através de uma PPP sob a forma de concessão administrativa, seja através de mecanismos mais simples como empresas de serviço de eficiência energética. A maioria dos municípios brasileiros já implementou a COSIP e a tendência é os demais venham a fazê-lo.

O relatório do Banco Mundial sempre foi tido como fonte segura de informação especializada para aos Agentes de Crédito. Concebe a COSIP como um fundo dedicado. Também reproduz a assertiva a COSIP se apresentar como garantia e diferencial atrativo de competitividade.



Consta que implantação da COSIP aumente a ATRATIVIDADE. Tanto um fundo público como quaisquer tipos de contas (vinculada, reserva, garantidora, e outros nomes)

Mas porque o texto diria **AUMENTA**??

Simplesmente por que o uso da tecnologia LED traduz ganhos advindos com a **eficiência energética**. Esse ganho aliado ao plano de operação mais eficiente, já são suficientes para atrair o interesse do setor privado.

Pausa para responder de modo concomitante um dos itens do relatório da Auditoria: **item 3(três)**. Neste item a Auditoria aborda a transferência do pagamento da conta de energia para o Concessionário.

Sem qualquer cálculo ou projeções o relatório afirma que `na prática a Prefeitura pagará a conta de energia **acrescido** de um percentual direcionado ao Concessionário_. O que se mostra desarmônico com a sistemática de análise dessa área especializada.

Vejamos. Se o Edital prevê formulas para que isso não ocorra e o contrato estabelece cláusulas que excluem qualquer remuneração que não venha da eficiência ou operação do Concessionário, como a equipe de auditoria chegou a essa conclusão ???

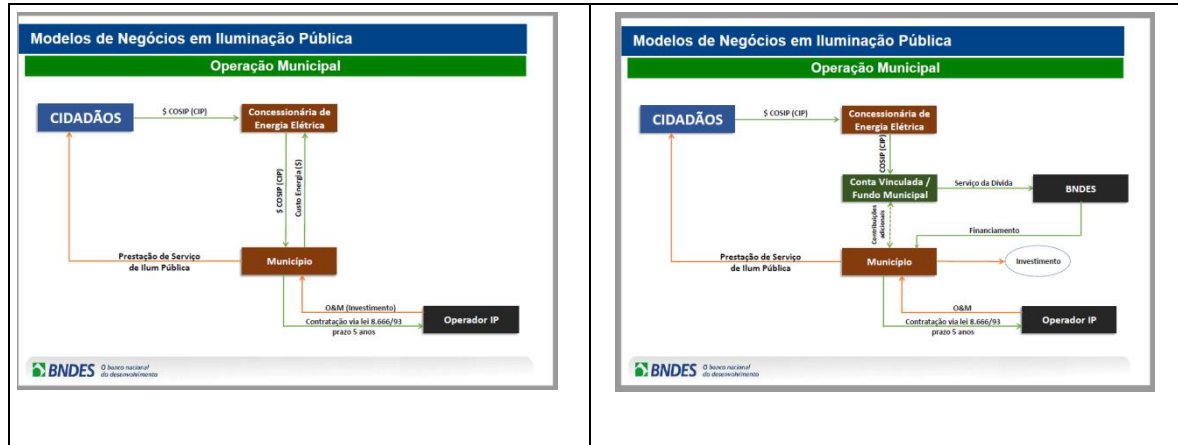
A atribuição do pagamento da conta de energia ao Concessionário constitui-se em fator diretamente relacionado à força de ATRATIVIDADE do projeto, dada a possibilidade concreta advindos da maximização econômica e efetiva redução do gasto energético da luminária LED, após modernização do parque de IP.

Há incoerência conceitual em defender a `conta vinculada_ como vetor hábil a dar maior atratividade ao modelo da PPP e, a contrario sensu, não compreender que a maior fonte de atratividade da PPP será a remuneração proporcionada pela eficientização energética e seu reflexo na despesa com a conta de energia.

Fecha parênteses.

Voltemos ao assunto.

A própria PPP de IP mostrou que o entendimento estava equivocado. Tanto que a preocupação das equipes ou financiadores passou a ser com a INSTITUIÇÃO de fonte de receita vinculada e segregável. Com a existência da contribuição para os serviços de Iluminação Pública - COSIP/ CIP, com fluxo da receita saindo da Distribuidora diretamente para o fundo municipal ou conta vinculada.



No município de São Paulo, a COSIP foi criada por lei em 2002:

Art. 11. O Fundo Municipal de Iluminação Pública - FUNDIP, instituído em consonância com o artigo 8º da Lei nº 13.479, de 30 de dezembro de 2002, junto à Secretaria de Infra-Estrutura Urbana - SIURB, destina-se exclusivamente ao **custeio do serviço de iluminação pública**, definido nos termos do parágrafo único do artigo 1º da mesma lei.

Parágrafo único. O Fundo Municipal de Iluminação Pública terá contabilidade própria, vinculada à Secretaria de Infra-Estrutura Urbana, que registrará todos os atos a ele pertinentes.

Art. 12. Os recursos do Fundo Municipal de Iluminação Pública serão depositados em **conta especial, vinculada** exclusivamente ao atendimento de suas finalidades, mantida em instituição financeira oficial.

Portanto, correto afirmar que **o Fundip opera como uma CONTA VINCULADA**.

Esse Fundo Municipal, que recebe a totalidade de receitas da COSIP, equivale a outros FUNDOS criados para os projetos de PPP, com o incremento de servir exclusivamente para receber a COSIP, não dependendo de qualquer cessão fiduciária de recebíveis não tributários.

Ocorre que os **players** citados não propugnavam por uma conta vinculada, o que pretendiam era uma conta com características de **ESCROW ACCOUNT**¹, onde um terceiro teria acesso direto aos recursos públicos antes mesmo do Poder Concedente. Com isso, criar-se-ia uma forma para **escapar** dos controles estabelecidos para os Fundos Públicos.

Os Agentes Privados pareciam querer inaugurar uma modelo de PPP com DUPLA forma de garantia de recebimento. Entretanto, dito modelo era deveras controverso, subjazendo as prerrogativas do Poder Público.

¹ Escrow é uma **garantia** prevista em um contrato ou acordo comercial que é mantida sob a responsabilidade de um terceiro até que as cláusulas desse acordo sejam cumpridas por ambas as partes envolvidas no negócio.

Normalmente, essa garantia é feita na forma de um depósito em dinheiro em uma conta criada especificamente para isso - uma **escrow account**, que em português poderia ser traduzida como "conta-caução" ou "conta de garantia".

Como funciona o escrow?

Em negociações que envolvem risco, as partes podem firmar um contrato escrow, que determina um valor a ser depositado como garantia e as regras para a sua liberação.

Os negociadores escolhem, então, um depositário escrow, que é uma **parte neutra**, a quem caberá a custódia da garantia. Normalmente esse agente é um banco, que ficará responsável pela administração dos valores depositados, comprometendo-se a cumprir as regras firmadas no contrato.

Os casos apresentados reforçam a correção da assertiva inicial: SEMPRE existiu a garantia do Poder Concedente. Por esse motivo configura o modelo mais adotado nos editais de PPP de IP.

Com isso, espera-se estar, uma vez mais, superada a questão.

PEC da desvinculação de receitas Municipais

Não se pode olvidar que a Emenda Constitucional nº 93/1016 que inaugurou a desvinculação das receitas para os Municípios, constitui-se fator determinante para que os Municípios Brasileiros não adotem o conceito de conta vinculada onde o Concessionário tenha acesso direto aos valores depositados em referida conta pelo menos até o ano de 2023.

Consoante dispõe a Emenda Constitucional, para Municípios (**DRM**), ficam desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das suas receitas relativas a **impostos, taxas e multas**, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Foram excluídas da desvinculação:

I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;

II - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;

III - transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;

IV - fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município (art. 76-B, ADCT).

Apenas a partir da Emenda Constitucional nº 96, promulgada em setembro de 2016, foi que os Municípios puderam desvincular recursos da COSIP, inclusive no município de São Paulo.

O tema parece um pouco confuso no relatório da auditoria em virtude de estar associado com norma constitucional² e com a afetiva desvinculação (jul/17), todas posteriores à decisão sobre a conta vinculada (2015,) proferida pelo TCMSP consoante trechos abaixo copiados:

Consta no voto do Eminentíssimo Relator Conselheiro Relator JOÃO ANTONIO:

`(...) Para que o Certame prossiga desta forma, em razão das citadas cláusulas, haveria necessidade de uma Lei Autorizativa para transferência de receita tributária da COSIP à conta vinculada. Contudo, segue-se uma segunda opção que extingiria a natureza de vinculação: retirar a conta vinculada, bem como a preferência primária na hierarquia de pagamentos sobre os valores arrecadados da COSIP, e repasse direto da COSIP para a conta do concessionário. Se não houver hierarquia de pagamentos e direcionamento dos valores arrecadados, a vinculação se extingue. Dessa maneira, condiciono a abertura do Certame às seguintes opções a serem escolhidas pela Origem: Ou se mantenha o Edital como foi publicado, extinguindo-se, neste caso, uma Lei autorizativa para que o mecanismo criado nas cláusulas 17.4 a 17.4.3 continue da forma que foi projetado, isto é, para que haja transferência direta da receita da COSIP; Ou se altere o Edital, de modo que satisfaça as seguintes condições: a) modifique a cláusula 17.4 a 17.4.3 de modo a retirar a existência de uma conta vinculada, podendo prever a existência de uma conta comum, que não haja vinculação, b) modifique a disposição no item 17.4.3 que origina hierarquia preferencial de pagamento com recursos da COSIP, c) modifique as disposições nesses itens, em especial o item 17.4.2, que remetam ao repasse direto e primário da arrecadação efetuada da COSIP pela distribuidora de Energia à conta da Concessionária. _

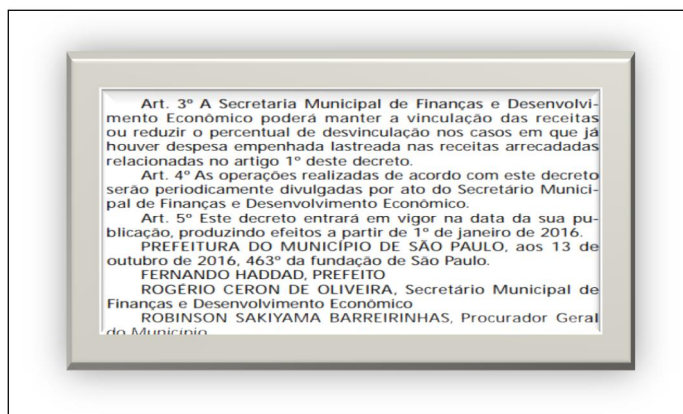
No mesmo sentido, o Nobre Conselheiro Revisor EDSON SIMÕES posicionou-se:

`Verifica-se, portanto, que a COSIP é criada com o único e específico fim de custear o serviço de iluminação pública, de modo que, nos casos de delegação desse serviço a particulares, `por meio de concessão administrativa, a contraprestação devida pelo parceiro público ao parceiro privado deve advir precisamente da contribuição especial, COSIP, criada para essa finalidade, na forma de

² regulamentada pelo Decreto Municipal nº 57.380/2016

repassa obrigatório_. Nessa toada, improcedente a representação nesse ponto, pois a natureza vinculada da arrecadação obtida com a COSIP ficou explicitada na redação do artigo 8 da Lei Municipal nº 13.479/02, que prevê a destinação de recursos arrecadados com o referido tributo ao parceiro privado. Assim a COSIP, conforme artigo 149ª da Constituição da República de 88, bem como a lei nº 13.479/02, em seus respectivos artigos supra enunciados, pode ser vinculada para o custeio da iluminação pública municipal e, ademais, como frisou Administração Pública, não haverá transferência do produto da arrecadação, de forma direta ao parceiro privado, vertendo, inicialmente, ao FUNDIP. Todavia, conforme verificou o Relator, há elementos de que a contraprestação se daria por meio de transferência de receita tributária, o que não pode ser feito sem que haja lei específica, diz o Relator_. Inferiu o Relator que, embora os recursos circulem nas contas do âmbito do FUNDIP, conforme determina a lei, observo que se criou uma vinculação indireta da receita tributária da COSIP em razão de alguns itens da minuta do contrato anexo ao Edital. Cabe lembrar que, pelas normas da Lei nº 13.479, a COSIP deve ser arrecadada pelo distribuidor de energia elétrica e transferida ao FUNDIP, conforme artigo 6. Diante disso, entendeu que a vinculação da receita da COSIP com a referida conta vinculada, não extrai não exemplo do texto da subcláusula 17.4.1: "O poder concedente deverá assegurar a existência da conta vinculada de pagamento para o trânsito de recursos provenientes da arrecadação da COSIP", e na cláusula 17.4.2, em que a distribuidora de energia direciona os valores da COSIP para conta vinculada, embora essa mesma conta esteja no âmbito do FUNDIP. Também se extrai da Cláusula 17.4.3 que, indiretamente, existe uma hierarquia de pagamentos da COSIP com preferência primária à concessão. Com efeito, acompanho o relator no condicionamento da abertura do certame à seguinte alternativa: se mantenha o Edital como foi publicado exigindo-se, nesse caso, conforme ele mesmo disse, uma lei autorizativa para que o mecanismo criado nas cláusulas 17.4 e 17.4.3 continuem na forma como foi projetada, isto é, para que haja transferência direta da receita da COSIP com essa lei autorizativa. Assim, há necessidade de uma lei autorizativa para transferência da receita tributária da COSIP à conta vinculada._

Ainda que a principal ferramenta da função auditora seja o domínio do sistema orçamentário, a equipe supõe que desvinculação possa ocorrer por mera liberalidade, porém essa somente abarc recursos NÃO COMPROMETIDOS, ou mesmo NÃO EMPENHADOS, consoante art. 3º do Decreto 7.380/16.



Para viabilizar a desvinculação de receita, o setor contábil da unidade preenche o formulário de DCCL - declaração de comprometimento de cota de liquidação. - Instituído como instrumento de previsão e planejamento da atual Secretaria de Fazenda.

Pois bem. Houvesse a indigitada conta vinculada (não apenas o Fundip), os recursos **não comprometidos** seriam da mesma forma atingidos pela desvinculação autorizada por LEI MAIOR posterior. Nenhuma regra editalícia ou contratual está sujeita a imutabilidade. Sempre poderá

haver CONCRETO Interesse público que justifique o Poder Público usar de sua prerrogativa para alterar unilateralmente disposições contratação.

Fundamentalmente, o que preserva o direito do Concessionário é o dever de manter a equação econômica financeiro contratual, projetada na matriz de divisão de riscos da Concessão; esse dever aliado ao direito a revisão contratual periódica previamente estabelecida.

Em outras palavras.

Se fosse admitida, por hipótese, a existência inicial dessa conta defendida e, posteriormente, houvesse alteração unilateral para excluir tal conta - norma superveniente - sequer configuraria alteração das áleas contratuais, já que o risco permaneceria garantido pela própria existência do FUNDIP, com natureza de conta vinculada, segregada e de reserva.

DO ASPECTO TEMPORAL DO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

Evoca-se o princípio da competitividade em **toda etapa licitatória**, mas com certeza não cabe se socorrer dele depois finalizado o processo licitatório, especialmente pelo fato de matéria estar preclusa, pois já examinada por esse E. Tribunal, que assim se posicionou:

“Em que pese as argumentações apresentadas e o válido questionamento em exame, entendo que não existe, no presente procedimento, uma ilegalidade absoluta a ponto de fulminar o certame numa declaração de invalidação.

O que poderia ensejar o questionamento supra é uma avaliação por parte da Administração Pública, nos termos expostos na preliminar deste Voto, para aferir a conveniência e a oportunidade, dentro de sua competência administrativa discricionária, de manutenção do certame no transcorrer do processo licitatório, ante a questionada competitividade.

Observe que as propostas de preços foram feitas em fevereiro de 2016, e se mantém sem alteração até o momento, diferentemente da garantia, que foi renovada.

Isso significa dizer que os preços foram formados em ambiente concorrencial, com indefinição do número de interessados, pois as licitantes não sabiam quais e quantas empresas iriam apresentar propostas no início do certame, tendendo assim cada uma a formar seu menor desconto possível para tentar vencer a disputa. _

Vale lembrar que referido princípio possui aspecto temporal inafastável.

Em manifestação junto ao E. TCMSP, a Administração pontuou os aspectos que permearam o Certame à época da formação das propostas, PROVANDO de maneira inequívoca que o procedimento cumpriu todos os requisitos da ampla COMPETITIVIDADE, conforme manifestação anterior que pedimos vênias para reproduzir:

“Da prova da ampla competitividade

O Tribunal de Contas da União define o princípio da competição:

“Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.

Além desses princípios, a Administração Pública deve obediência ainda, dentre outros, aos princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Normas que disciplinam as licitações públicas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

(pag.29/30 da publicação Licitações e contratos - Orientações e Jurisprudência) <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>

1.1. Decisões do Tribunal de Contas da União

Observe as disposições contidas no parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 3.555/2000, especialmente no que tange à interpretação das normas disciplinadoras da licitação em favor da

*ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração e os princípios que regem o processo licitatório. **Acórdão 1046/2008 Plenário***

*O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum. Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia. **Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário)***

*As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame. **Acórdão 110/2007 Plenário***

2.2. Empresas que participam da fase anterior a abertura

Republicado o Edital, 11(onze) interessados participaram ativamente da fase de esclarecimentos. Em 20/01/16 a Comissão Especial de Licitação publicou os esclarecimentos a 148 questões disponibilizadas no DOC e no site da Secretaria pelo link http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/perguntas_e_respostas_ao_e_dital_da_ppp_de_ip_v08_1453321369.pdf, apresentadas pelos seguintes players:

- Ingrid Pistili - Mayer Brown
- Cascione, Pulino, Boulos & Santos Advogados
- FM Rodrigues
- Moysés & Pires
- URBELUZ
- GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas Ltda.
- Unitec Soluções Ltda
- Philips do Brasil
- Terwan
- IGOV Tecnologia de Informação Governamental
- Radar PPP

Dos dados ora trazidos, resta demonstrado que o princípio da Competição foi observado. _

O tema encontra-se bem analisado pelo voto Nobre Relator da matéria que enfrentou a questão da competitividade tendo em vista a modalidade concorrência pública:

‘Observe que as propostas de preços foram feitas em fevereiro de 2016, e se mantém sem alteração até o momento, diferentemente da garantia, que foi renovada.

*Isso significa dizer que os preços **foram formados em ambiente concorrencial**, com indefinição do número de interessados, pois as licitantes não sabiam quais e quantas empresas iriam apresentar propostas no início do certame, tendendo assim cada uma a formar seu menor desconto possível para tentar vencer a disputa.*

A fim de ilustrar as conclusões acima, destaco que em resposta complementar, a Origem trouxe dados no sentido de que 11 potenciais interessados participaram ativamente da fase de esclarecimentos, a qual se realizou em momento imediatamente anterior à de apresentação das propostas.

De todo modo, friso mais uma vez que: até o presente momento estamos discutindo a fase de apresentação de garantias, e o certame está congelado nesta fase, cujas propostas comerciais foram apresentadas em ambiente de competitividade, mantendo-se inalteradas até a presente data. _

De outra parte, em diversas oportunidades o Poder Judiciário motivou sua concessão de liminar com base nesse valor jurídico abstrato, sem qualquer razoabilidade, haja vista que apenas nas modalidades leilão e pregão a etapa de preço é aberta, nas demais os envelopes estão lacrados (fase fechada).

A falta de precedentes talvez tenha contribuído para os Julgadores não se compreendessem os princípios do sistema lógico jurídico por meio do sopesamento de princípios de direito públicos aplicáveis a matéria.

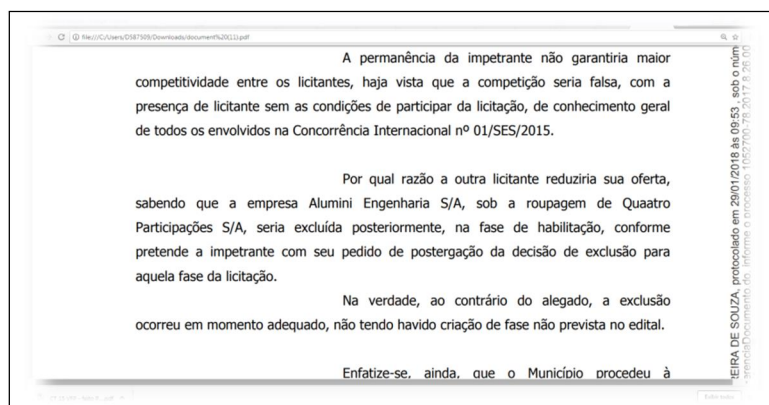
No caso específico da PPP de iluminação, de tanto contarem para os julgadores que o intuito era eliminar a competitividade que essa falácia ressoou nas decisões judiciais que, por via oblíqua, concorreram para a infração do tipo penal prevista no artigo 97 da Lei de Licitações.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Observe-se que a Municipalidade defendeu em Juízo a inadequação dessa conduta transportada para em Decisão Monocrática onde o relator do feito garantiu a participação do Consórcio WALKS na licitação.

*De fato, no certame o inidôneo, ainda que transmutado numa nova empresa (99%controladora) não se traduz em vantagem uma vez que a Administração está **PROIBIDA** de contratar.*



*Nessa mesma época, consultados os arquivos do resultado dos leilões de Concessão para transmissão de energia no portal da ANEEL - de maio de 2014 a maio de 2016 - pode-se verificar lotes com apenas **um proponente** e outros lotes onde o resultado foi **leilão vazio**, ou seja, sem interessados.*

O cenário nacional confirma existirem outros fatores a considerar como a crise econômica, vulnerabilidade política, e insegurança jurídica. Todos esses podem ter contribuído para afastaram os Agentes Privados, inclusive na esfera Federal, numa área que costuma atrair muitos Agentes Privados. São Leilões disputados por empresas de âmbito internacional.

Observa-se, ainda, que não foi pelo baixo número de Agentes interessados que a ANEEL deixou de firmar seus contratos de Concessão de Transmissão de Energia, conforme se extrai do site da ANEEL.

Modo de Exibição Protegido Este arquivo foi originado de um local da Internet e pode não ser seguro. Clique para obter mais detalhes. Habilitar Edição

C325 - LT 500 kV Paranaitã - Cláudia, C3;

		Extensão	Prazo	RAP - Receita Anual Permitida R\$ x 10 ⁶	Deságio				
LEILÃO nº 0012014 - (09/05/2014)	LOTE A	LT 230kV V. Sanga - Alameda, C1 69km; LT 230kV V. Alameda - Transmissão, C2 89km; LT 230kV V. Transmissão - Tapajós, C3 109km; SE 500/230kV V. Sanga - pólo novo em 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 230/138kV V. Tapajós - pólo novo em 138kV - (3-R) x 100MVA; SE Tapajós - compensador estático (75F) - 600MVar;	PA	---	---	---	NÃO LEILOADO		
	LOTE B	LT 230kV V. Orense - Junco, C1 x C2, C2 138km; LT 230kV V. Junco - Páris, C1 x C2, C2 102km; SE 500/230kV V. Orense - pólo novo em 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 230/138kV V. Páris - 2 x 100MVA; SE 230/138kV V. Páris - 2 x 100MVA;	PAJAM	240,00	42	102.914,3	92.570,00	9,43	ABENGOA CONSTRUÇÃO DO BRASIL LTDA
	LOTE C	LT em 230 kV Henry Borden - Manoel da Nóbrega - CD; SE 230 kV V. Manoel da Nóbrega; LT em 345 kV Domínio (Rangel) - Sessenta e seis da LT Tijapo Preto - Baiada Santa - CD; SE Domínio (Rangel) 345/230 kV - (3-R) x 100MVA; nova	SP	20,00	36	30.383,46	28.065,00	5,00	ALUPAR INVESTIMENTOS S.A.
	LOTE D	LT 500kV V. Morro do Chapéu - Sanga, 200km; SE 500/230kV V. Morro do Chapéu - (3-R) x 200MVA e 2x200MVA (200); Compensador estático 500kV - 600MVar;	BA	300,00	24 ou 36	71.322,95	45.569,00	36,10	CYMHOLDING S.A.
	LOTE E	LT 500kV V. Gataú - Açu, 250km; LT 500kV Açu - João Câmara, 130km; LT 500kV João Câmara - Ceará Mirim, C2 64km; LT 230kV João Câmara - Ceará Mirim, C2 64km;	CEJRN	492,00	36	63.626,19	48.676,00	23,25	CYMHOLDING S.A.
	LOTE F	LT 500kV V. Estrela - Fênix, C2, 202,00km;	MG/SP	328,00	42	76.935,57	76.935,00	0,00	CONSORCIO CANTAREIRA - ELECNOR TRANSMISSÃO DE ENERGIA S.A. (PSC) COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A. (PSC)
	LOTE G	LT 500kV V. Parauapebas - Integradora Sotogro - CD - 200km; SE 500/230kV V. Parauapebas - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA; LT 230kV V. Integradora Sotogro - Sotogro, C1 - 78km; SE 500/230kV V. Integradora Sotogro - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 500/230kV V. Otaú - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	PA	577,00	24 ou 36	36.987,82	36.499,00	1,00	ABENGOA CONSTRUÇÃO DO BRASIL LTDA
	LOTE H	SE 500/230kV V. Marabá - (3-R) x 200MVA; SE 230/138kV V. Marabá - 2x200MVA; LT 500kV V. Marabá - Marabá - 50km; LT 230kV V. Marabá - Utinga - C1 x C2, 12km; LT 230kV V. Marabá - Caramuru - 50km; Desenvolvimento da LT 230kV V. Utinga - Utinga C1 x C2 na Subestação Marabá - 24km;	PA	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
	LOTE I	LT 230kV V. Parauapebas - Caramuru, 202km; SE 500/230kV V. Parauapebas - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 500/230kV V. Parauapebas - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 500/230kV V. Parauapebas - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	MT	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
	LOTE J	LT 230kV V. Ribeiro Gonçalves - Balsa - C2 - 95km;	PI/MA	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
LOTE K	LT 230kV V. Foz do Chope - Páris, 53km; SE Páris - 200/138kV - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	PR	53,00	30	5.745,06	5.745,00	0,00	COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S.A.	
LOTE L	LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km;	MG	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO	

TRANSMISSÃO Resultados Gerais

Modo de Exibição Protegido Este arquivo foi originado de um local da Internet e pode não ser seguro. Clique para obter mais detalhes. Habilitar Edição

J487 - LT 500 kV Paranaitã - Cláudia, C3;

		Extensão	Prazo	RAP - Receita Anual Permitida R\$ x 10 ⁶	Deságio				
LEILÃO nº 0132015 - 1ª Etapa - (13/04/2016)	LOTE A	LT 500kV V. Parauapebas - Açu, 130km; LT 500kV V. Açu - João Câmara, 130km; LT 500kV V. João Câmara - Ceará Mirim, C2 64km; LT 500kV V. Ceará Mirim - Ceará Mirim, C2 64km; SE 500/230kV V. Parauapebas - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 500/230kV V. Parauapebas - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	PI/CEJRN	125,00	48	404.361,072,00	404.361,072,00	0,00	CONSORCIO TRANSMISSÃO DO BRASIL - FT/PT/PE - EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. (PSC) e FT/PT/PE - PARTICIPAÇÕES S.A. (PSC) e FT/PT/PE - PARTICIPAÇÕES S.A. (PSC)
	LOTE B	LT 500kV V. Estrela - Cachoeira Paulista, C1 x C2, C2, com 2 x 261km;	MG/SP	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
	LOTE C	LT 500kV V. Parauapebas - Balsa, 202km; LT 500kV V. Balsa - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km;	MT	1005	60	324.568.197,00	324.568.197,00	0,00	STATE GRID BRAZIL HOLDING S.A.
	LOTE D	LT 500kV V. Campesina - Balsa, 202km; LT 500kV V. Balsa - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km;	SC	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
	LOTE E	LT 500kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; LT 500kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km;	BA	446	48	161.453.930,00	161.453.930,00	16,06	VPR PARTICIPAÇÕES LTDA
	LOTE F	LT 345kV V. Balsa - Parauapebas, C1 x C2, com 55km cada (publinterlinea);	SP	30	48	165.258.368,00	165.258.368,00	0,00	CONSORCIO VLT - MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S.A. (PSC) e VLT - MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S.A. (PSC)
	LOTE G	LT 500kV V. Fênix - Fênix, 202km; SE 500/230kV V. Fênix - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	SP/PR	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
	LOTE H	LT 500kV V. Parauapebas - Balsa, 202km; LT 500kV V. Balsa - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km; LT 500kV V. Sotogro - Sotogro, C1 - 78km;	AL/BA/PE	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
	LOTE I	LT 230kV V. João Câmara - João Câmara, C1 x C2, C2, com 2 x 261km; SE 500/230kV V. João Câmara - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA; SE 500/230kV V. João Câmara - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	PR	20	42	54.406.205,00	40.437.000,00	10,01	ALUPAR INVESTIMENTO S.A.
	LOTE J	LT 500kV V. Marabá - Marabá, 50km; LT 500kV V. Marabá - Utinga - C1 x C2, 12km; LT 500kV V. Marabá - Caramuru - 50km;	PA	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO
LOTE K	LT 440kV V. Caramuru - Fênix, C1 x C2, C2, com 2 x 261km; SE 440/230kV V. Caramuru - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	SP	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO	
LOTE L	LT 500kV V. Campesina - Balsa, 202km; SE 500/230kV V. Campesina - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	SP	25	60	17.438.728,00	17.438.728,00	0,63	FSC EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A.	
LOTE M	LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; SE 500/230kV V. Sanga - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	BA	170	42	70.903.403,00	59.550.000,00	15,08	VPR PARTICIPAÇÕES LTDA	
LOTE N	LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; SE 500/230kV V. Sanga - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	PA	---	---	---	---	---	NÃO LEILOADO	
LOTE O	LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; SE 500/230kV V. Sanga - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	MT	262	48	81.470.570,00	59.212.630,74	5,30	STATE GRID BRAZIL HOLDING S.A.	
LOTE P	LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; SE 500/230kV V. Sanga - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	TO	850	42	56.044.370,00	56.044.370,00	0,00	TRANSMISSORA ALIANA DE ENERGIA ELÉTRICA S.A. (PSC)	
LOTE Q	LT 230kV V. Sanga - Sanga, 2 - C2 - 18km; SE 500/230kV V. Sanga - pólo novo de 230kV - (3-R) x 100MVA;	R/SP/SC	94	48	41.095.280,00	41.095.280,00	0,00	CONSORCIO BRAPERPOWER - BRAPER CONTRUTORES METÁLICAS S.A. (PSC) e BRAPER CONTRUTORES METÁLICAS S.A. (PSC)	

TRANSMISSÃO Resultados Gerais

Matéria DOCREC 191/2021. Documento digitalizado e autenticado por ANDERSON ROGERIO DE SOUZA. Sua validade pode ser conferida em <https://splegisconsulta.saopaulo.sp.leg.br/Home/AbriuDocumento?plD=291196>.

Matéria DOCREC 191/2021. Documento digitalizado e autenticado por ANDERSON ROGERIO DE SOUZA. Sua validade pode ser conferida em <https://splegisconsulta.saopaulo.sp.leg.br/Home/AbrirDocumento?pid=291196>.

Do exposto, não se pode afirmar, nem com relativa certeza, qual foi o fator fundamental, o nexo causal, para que outros 'players' desistissem de concorrer na licitação. Isso é um

exercício de subjetivismo. Objetivamente se verifica que havia um ambiente competitivo no momento da apresentação das propostas para a PPP. _

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

Com relação à dificuldade na obtenção de crédito junto ao setor financeiro por parte das concorrentes devido à ausência de garantia do Poder Público, a Unidade argumenta pela existência de um cenário de pouca experiência no uso de fundos públicos como garantia, usando como base um artigo da *`Revista do BNDS (ed. Dez/2015)\_*, o que provocaria, segundo ela, *`a divulgação equivocada da compreensão dos Fundos Públicos à época, em razão da inaplicabilidade para os projetos de PPP Federais e Estaduais, [o que] traduziu sinais impróprios a todo setor financeiro. _*

Afirma ainda que tal cenário não deveria ser aplicado ao setor de iluminação pública, dado que os *`prestadores e fornecedores são acostumados com a segurança de recebimento nas prefeituras, onde existe instituída a fonte de recursos vinculados da contribuição para custeio dos serviços de Iluminação Pública - COSIP/CIP_*. Finalizando, a Unidade conclui, a partir do anteriormente argumentado, que *`não parece crível sob o ponto de vista técnico, a divulgada desistência de `players_ _*.

A despeito do exposto acima, fato é que, a partir de manifestações dos próprios concorrentes e da mudança da modalidade do crédito oferecido pelo BNDES, conforme expostos no texto da constatação, fica clara a dificuldade na obtenção de crédito pelos concorrentes, frente à ausência de garantia contratual.

A Unidade cita ainda a existência de certames que previram garantias extras na forma de conta vinculada e conta reserva e que, ainda assim, não atraíram maior número de concorrentes. A Equipe de Auditoria não considera válida tal justificava, dada a relevante diferença de dimensões entre os casos, sendo ainda impróprio concluir, apenas com base em uma simples comparação numérica, que a existência de garantias não possui influência sobre a competitividade.

Interessante notar, no entanto, que os casos citados pela Unidade apresentaram formas de garantia explícitas, diferentemente do certame da PPP em tela, que ainda possui valores consideravelmente maiores, o que reforça o argumento de que, por razoabilidade e proporcionalidade, a existência de garantia expressa era necessária.

A auditada ainda alega (tendo por base *`apresentação do BNDS_* e trecho retirado de uma matéria jornalística, em um contexto de abordagem em nível superficial e genérico sobre o tema) que, segundo especialistas em PPP, a própria COSIP seria uma garantia ao fluxo de pagamentos. Argumenta ainda que a COSIP aumentaria a atratividade do projeto. Além disso, em outro ponto de sua manifestação, a Unidade novamente afirma que a existência do FUNDIP seria fonte suficiente para criar segurança quanto à adimplência do Poder Público.

Não há dúvidas de que, de fato, a existência da COSIP aumenta a atratividade da PPP, o que não foi contestado neste relatório. No entanto, o que foi exposto pela equipe de auditoria - baseando-se nas

manifestações dos interessados e nos fatos, como dimensão e período de duração do contrato, além das condições de crédito sendo oferecidas – é que a existência atual de COSIP/FUNDIP não é suficiente para garantir de forma adequada a adimplência do contrato, ainda mais pela ausência de mecanismos expressos que determinam que recursos sejam reservados à contratada, ou que a mesma possua meios ágeis de execução.

Segundo a Unidade *‘há incoerência conceitual em defender a ‘conta vinculada_ como vetor hábil a dar maior atratividade ao modelo da PPP e, a contrario sensu, não compreender que a maior fonte de atratividade da PPP será a remuneração proporcionada pela eficientização energética e seu reflexo na despesa com a conta de energia_*. Neste ponto, faz-se necessário esclarecer que o defendido pela equipe de auditoria não foi a permanência da conta vinculada, mas sim a existência explícita, no contrato, de uma das formas de garantia previstas no Art. 8º da Lei nº 11.079/2004, dado que a irregularidade constatada consiste na retirada da conta vinculada **sem a inserção de forma expressa de garantia ao parceiro privado**. Tampouco foi defendido neste relatório qualquer modelo que permitisse acesso direto do parceiro privado aos recursos repassados, mediante uma *‘Escrow Account_*, o que, de fato, seria inadequado.

Quanto à manifestação da unidade referente à *‘PEC da desvinculação de receitas municipais_*, parece ter havido um entendimento equivocado por parte da Unidade em relação ao exposto pela equipe. A Unidade escreve que *‘o tema parece um pouco confuso no relatório da auditoria em virtude de estar associado com norma constitucional e com a afetiva desvinculação (jul/17), todas posteriores à decisão sobre a conta vinculada (2015,) proferida pelo TCMSP (...)_*.

Em relação ao constatado, é irrelevante o fato da desvinculação e da norma constitucional serem posteriores a decisão sobre a conta vinculada proferida pelo TCM. Aliás, destaca-se novamente que tal decisão da Corte de Contas, assim como a remoção da conta vinculada, ao contrário do que parece ter entendido a Unidade, não está sendo contestada, e sim a ausência de outra forma expressa de garantia. O objetivo de expor a desvinculação é justamente mostrar que a mera existência do FUNDIP não configura efetiva garantia ao parceiro privado.

Ainda argumentando pela suficiência do FUNDIP como forma de garantia, mesmo sem qualquer mecanismo contratual de efetiva cobertura ao parceiro privado, a Unidade alega que a desvinculação dos recursos do fundo *‘abarca apenas recursos não comprometidos, ou mesmo não empenhados, consoante Art. 3º do Decreto 37.380/16._*

Quanto a isso, mais uma vez, ressalta-se que o Parceiro Privado dificilmente pode considerar como seguro e estável (ainda mais se tratando de um contrato de duração de 20 anos) determinação de um decreto municipal, que pode vir a ser alterado posteriormente. **Novamente, expõe-se o entendimento de que a única forma para criar razoável segurança ao Parceiro Privado quanto ao recebimento dos pagamentos devidos é a inserção expressa no edital/contrato de uma das formas de garantia estipuladas pelo Art. 8º da Lei nº 11.079/2004.**

Quanto a isso, a Unidade apresenta contra-argumento de que regra editalícia ou contratual também pode ser modificada unilateralmente. No entanto, entende-se que tal alteração é bem mais limitada e cabe apenas em casos específicos, tratando-se de concreto interesse público, conforme expõe a própria Unidade em sua manifestação, sendo que, em qualquer caso, os direitos do contratado devem ser respeitados.

Em sua manifestação, a auditada ainda escreve sobre o *‘aspecto temporal do princípio da competitividade_*, chegando a argumentar que *‘evoca-se o princípio da competitividade em toda*

etapa licitatória, mas com certeza não cabe se socorrer dele depois de finalizado o processo licitatório, especialmente pelo fato de matéria estar preclusa, pois já examinada por esse E Tribunal (...). Neste ponto, oportuno lembrar o comando da Constituição Federal a respeito do controle interno, estendido obrigatoriamente para o âmbito municipal:

`Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. _

`Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

(...)_

A atividade e as conclusões obtidas pelo controle externo (TCM), que em nenhum momento foram contestadas neste relatório, não afastam do controle interno sua missão constitucional, tampouco o fator temporal alegado, dado que não existe qualquer restrição de prazo para a avaliação de legalidade, legitimidade, economicidade, eficácia e eficiência, todas elas prejudicadas pelo desrespeito ao princípio da competitividade.

Aliás, são muitos os trabalhos desta Controladoria que já apontaram falhas de competitividade depois de finalizado o processo licitatório e ainda assim obtiveram resultados, como correções para procedimentos futuros ou mesmo glosas e apuração de responsáveis.

Por fim, em sua manifestação, a Unidade ainda comenta sobre os resultados dos leilões de Concessão para transmissão de energia da ANEEL, nos quais, segundo ela, *`pode-se verificar lotes com apenas um proponente e outros lotes onde o resultado foi leilão vazio, ou seja, sem interessados. \_* Isso porque, segundo a Unidade, outros fatores podem ter afetado a atratividade do certame: *`como a crise econômica, vulnerabilidade política, e insegurança jurídica. Todos esses podem ter contribuído para afastaram os Agentes Privados, inclusive na esfera Federal, numa área que costuma atrair muitos Agentes Privados. _*

A equipe de auditoria concorda que todos esses fatores podem sim, de alguma forma, ter **também** prejudicado a atratividade da PPP. No entanto, reafirma-se, baseando-se em todos os fatos elencados e na argumentação desenvolvida no texto da constatação acima, que a ausência de garantia por parte do Poder Público foi fator decisivo para afastar diversos interessados, independentemente das outras circunstâncias citadas pela Unidade.

Concluindo, cumpre afirmar que a mera existência do FUNDIP não se configura como uma garantia às prestações pecuniárias devidas pelo Poder Público, e, diante de todo o exposto, mantém o posicionamento de que a ausência de garantia ao Parceiro Privado fere o Princípio da Competitividade.

1.2 - Ausência de Repartição do Objeto em Parcelas.

O § 1º, Art. 23, da Lei nº 8.666/1993 determina que:

§ 1o As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. _

O referido parágrafo deixa claro que a regra geral é a repartição do objeto no máximo de parcelas possíveis. Isso ocorre porque a divisão em lotes possibilita a participação de um maior número de empresas interessadas, dado que, impossibilitadas de prestarem a totalidade dos serviços, possuiriam capacidade de executá-los em parte. Dessa forma, a licitação em objeto único constitui exceção, apenas para os casos de relevante economia de escala ou inviabilidade técnica ou econômica de uma fragmentação.

Analisando-se especificamente o caso da PPP de Iluminação Pública do Município de São Paulo - Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, na qual o objeto é único, entende-se não estar devidamente comprovados, no Processo nº 2015-0.097.424-9, a existência de inviabilidade técnica/econômica ou mesmo prejuízo relevante à economia de escala do projeto de forma a não se proceder com a divisão do objeto em lotes.

Primeiramente, quanto à possibilidade de economia de escala ao se licitar o objeto em um único lote, faz-se necessário avaliar a composição dos custos do Plano de Negócios de referência:

Conforme relatório elaborado pela São Paulo Negócios, resultado da compilação de diversos outros estudos colhidos mediante Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), as estimativas de custo para o projeto da PPP (fls. 79 a 85 do Processo 2015-0.097.424-9) indicam que a parcela total das despesas, que não poderiam ser repartidas entre eventuais empresas ou consórcios que executariam o objeto em conjunto, é muito pequena.

Segundo o relatório citado acima, somente os custos com consumo de energia elétrica e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação (sendo ambos gastos variáveis conforme a extensão da própria rede, os quais permitem a devida repartição em caso de fracionamento do objeto) representam 85% do total dos custos projetados para a PPP.

Além disso, outras despesas, como `custos de telegestão` e `despesas com pessoal`, são estimadas proporcionalmente ao número de pontos de iluminação pública, tendo natureza predominantemente variável e, portanto, podendo ter parcelas relevantes distribuídas em caso de fracionamento do objeto.

Como investimentos fixos relevantes, ou seja, aqueles que seriam provavelmente sobrepostos, caso o objeto fosse fracionado, sem possibilidade de repartição, estão apenas aqueles referentes à implantação de CCO/Call Center e de bases operacionais para manutenção da rede, que representam menos de 5% dos investimentos totais, segundo dados do relatório (fl. 68).

Ainda com relação às bases operacionais, a sobreposição de custos em caso de fracionamento pode nem sequer ocorrer, dado que, de acordo com as próprias palavras da SMSO, em fl. 3895 (em reposta dada ao relatório do Tribunal de Contas do Município), os serviços serão realizados provavelmente de forma descentralizada, diante do tamanho da rede e da extensão territorial. A Unidade cita ainda o estudo da GE que previu a implantação de seis estruturas operacionais de apoio.

Ou seja, mesmo que o objeto seja executado por uma só concessionária, ela provavelmente necessitaria descentralizar a gestão do parque de iluminação, recorrendo a diversas estruturas operacionais de apoio. Tal declaração, dada pela própria SMSO, trata-se, inclusive, de um indicativo pela viabilidade técnica da fragmentação do objeto.

Isso significa que a economia de escala obtida pelo fato de apenas uma empresa ou consórcio executar todo o objeto é relativamente baixa e não compensaria a falta de competitividade que tal prática geraria.

O citado relatório inicial da São Paulo Negócios, que embasou a contratação da PPP, possui um item dedicado à justificativa para o dimensionamento do objeto (fl. 109 a 115), qual seja, a escolha de um único lote. O parágrafo inicial, assim dispõe:

‘O dimensionamento do objeto de uma licitação é resultado de variáveis que repercutem diretamente sobre a qualidade daquilo que se deseja contratar. De um lado, por exemplo, o chamado fracionamento da contratação costuma ser utilizado para a ampliação do leque de potenciais fornecedores, levando a um incremento do universo de participantes no certame e, por consequência, a uma variância maior das propostas recebidas pelo Poder Público. De outro lado, a concentração dos itens a serem contratados num escopo único pode levar a ganhos de escala para a Administração Pública, com a potencial redução do preço dos insumos e serviços adquiridos. _

Pois bem, conforme já demonstrado acima, a equipe de auditoria entende que o argumento pela economia de escala como justificativa para concentração do objeto não pode ser utilizado neste caso específico, dada a estrutura de custos já apresentada, inclusive, pelo próprio relatório.

Já a eventual falta de viabilidade técnica ou econômica para divisão do objeto não foi explicada de forma objetiva, sendo que o relatório da São Paulo Negócios que embasou a PPP limitou-se a destacar a complexidade do projeto, meramente apontando aumentos de dificuldade ou de trabalho que o fracionamento poderia gerar, enquanto deveria, na verdade, ter indicado concretamente qual(is) seria(m) a(s) **inviabilidade(s)** técnica(s) presente(s). Assim dispõe o relatório a respeito (fls. 110 a 115):

‘Em algumas licitações públicas, o fracionamento costuma ser adotado com alguma frequência, em especial nos procedimentos focados na aquisição de bens, em que distintos materiais são subdivididos em lotes individuais sujeitos a lances próprios. (...)

Para a parceria público-privada (...) de iluminação pública do Município de São Paulo, porém, a opção eleita foi diferente, pressupondo-se, para tanto, a vantajosidade técnica e econômica da realização da licitação num único bloco para todas as frentes de atividade subjacentes ao empreendimento.

A sustentar essa escolha, importantes elementos podem ser identificados. Em primeiro lugar, ganha destaque a complexidade do conjunto de tarefas objeto do contrato. Como já foi frisado anteriormente, não se é permitido estruturar uma PPP cujo objeto esteja restrito ao fornecimento de bens, ou à realização de obras ou à execução de tarefas isoladamente. Por isso, aliás, é incorreto entender o projeto da iluminação pública como um contrato destinado à troca de lâmpadas no Município de São Paulo apenas. Muito mais do que a modernização das luminárias, a futura concessionária assumirá a gestão integral do parque, responsabilizando-se pela qualidade da iluminação, pela expansão e pelo remodelamento da rede existente, bem como pela criação e operação de um centro de

controle operacional para o fluxo de informações sobre o status da iluminação pública em tempo real, pela manutenção e pela preservação da atualidade do sistema gerido.

*Diante desse cenário, mostra-se **inviável parcelar o objeto do contrato a distintos concessionários, haja vista as dificuldades de cunho operacional** que essa medida acarreta (como aquelas relacionas à coordenação e à interface de todos os envolvidos em distintos contratos celebrados pelo Poder Público) e a significativa perda de eficiência que isso também produz (na realidade, é exatamente a reunião ou o `empacotamento_ de todas as atividades acima listadas, no âmbito da PPP da iluminação pública, o que justifica a adoção do modelo, sabendo-se dos altos custos envolvidos na celebração e na gestão de uma multiplicidade de contratos pelo Poder Público, que possui menos flexibilidade para essa tarefa do que um concessionário privado).*

É também inviável pensar-se no parcelamento do objeto da parceria público-privada tendo por base distintas regiões do Município. De antemão, essa alternativa impacta a escala do projeto, cuja dimensão traduz um dos grandes atrativos para os agentes privados, que poderão fazer de São Paulo uma plataforma para a execução de outros projetos de natureza análoga, não só no Brasil, mas na América Latina. Não segmentar o objeto da PPP, assim, acaba por incrementar a competição entre os licitantes, já que faz do contrato com o Município de São Paulo uma oportunidade única para o empreendedor, a ser disputada entre todos os demais concorrentes do mercado. A maior competitividade, a propósito, é tanto mais reforçada quando se admite a formação de consórcios, sem limites de participantes, aos quais empresas de diferentes experiências e com diferentes tamanhos (inclusive pequenas) poderão se juntar para disputar a licitação. A harmonização do princípio da competitividade com a admissão de consórcios nos procedimentos licitatórios realizados sem o parcelamento do objeto já foi reconhecido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme se lê, por exemplo, da ementa do seguinte julgado:

(...)

(RMS 6.597/MS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, publicado no DJ de 14.4.1997).

Ainda, outros obstáculos de ordem técnico-operacional vêm pesar em desfavor da fragmentação do objeto da concessão por distintas regiões da cidade: de um lado, há dificuldade de se fazer com que as informações produzidas no âmbito da gestão da rede sejam compartilhadas entre os diversos operadores e junto com o próprio Poder Concedente, considerando-se que a criação de uma multiplicidade de CCOs para essa finalidade seria ineficiente e custosa para o Município. De outro lado, ainda pesa o problema relativo à definição exata das fronteiras dos lotes em que se dividiria a cidade (onde começaria e onde terminaria a responsabilidade de cada concessionário), sabendo-se que a iluminação pública é estruturada de maneira interligada, havendo severos riscos de que uma determinada concessionária sofra impactos negativos da atuação do seu vizinho no atendimento adequado das obrigações e metas por ela assumidas perante a Administração. _

Lembrando que a Lei nº 8.666/1993 dispõe como regra a divisão do objeto sempre que (e na medida em que) for viável. Nesse contexto, a complexidade do objeto, por si só, não justifica a inviabilidade de seu parcelamento, restando ausente justificativa mais concreta e específica.

Ao se avaliar as atribuições da concessionária citadas pelo relatório acima, que não se limitariam à troca de lâmpadas, quais sejam `gestão integral do parque, responsabilizando-se pela qualidade da iluminação, pela expansão e pelo remodelamento da rede existente, bem como pela criação e operação de um centro de controle operacional para o fluxo de informações sobre o status da iluminação pública em tempo real, pela manutenção e pela preservação da atualidade do sistema

gerido_, observa-se que podem ser restringidas a uma região específica do município, no caso de uma divisão por lotes regionais, especialmente em uma cidade nas dimensões de São Paulo.

A respeito do argumento de que a permissão à participação de consórcios já aumentaria suficientemente a competitividade (baseado em uma decisão do STJ para um caso específico, publicada em 1997, cujo conteúdo informa que a exigência em um único lote de uma variedade heterogênea de bens não veda a competitividade desde que permita a formação de consórcios), observa-se que as condições do edital devem buscar a maior competitividade possível, em todos os sentidos, a fim de obter a proposta mais vantajosa para o Poder Público.

É fato que a permissão a consórcios aumenta a competitividade, no entanto, isso não exclui a possibilidade de optar pela fragmentação do objeto, se assim for possível, o que aumentaria ainda mais a acessibilidade ao certame.

O argumento de que o objeto licitado em conjunto é mais atrativo do que parcelado é subjetivo e pouco detalhado. A equipe de auditoria acredita que, se o todo é atrativo, a parte também será, sendo que a estrutura de custos é majoritariamente variável.

Ainda, a fragmentação do objeto, ao contrário do que argumenta o relatório, não afastaria os interessados em executar os serviços em todo município, sendo possível a arrematação de todos os lotes para apenas um licitante único, desde que não haja vedação expressa em edital e que este ofereça a melhor oferta para cada um deles.

O relatório ainda comete uma severa confusão de conceitos quando utiliza o argumento de que a indivisibilidade da COSIP e a natureza indivisível do serviço de iluminação impossibilitariam a fragmentação do objeto, dificultando a formação de critérios de remuneração para diferentes regiões e concessionárias (fls. 113 a 115).

Necessário esclarecer que o contexto pelo qual tal indivisibilidade é aplicada insere-se em matéria tributária, dada a impossibilidade de cobrança do serviço de iluminação pública de maneira **específica e divisível aos indivíduos usuários**, inclusive por forma de taxa. Esse é um dos motivos para a iluminação pública ser `cobrada_ dos contribuintes por meio da COSIP, uma contribuição constitucionalmente prevista. Portanto, não há relação entre a indivisibilidade da COSIP e a dificuldade em estabelecer critérios de remuneração para diferentes regiões e concessionárias.

Ademais, como muitos custos foram precificados, pelo citado relatório da São Paulo Negócios, de acordo com o número de pontos de iluminação, esse critério poderia ser utilizado na remuneração, obviamente, com os ajustes necessários. Por todo o exposto, não é cabível justificar a inviabilidade da licitação por lotes, mediante o argumento de que a fragmentação do objeto levaria a um método mais trabalhoso de precificação e divisão regional.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais apresentou a seguinte manifestação:

Em que pese a desordem sistemática do relatório, patente o esforço da Auditoria em prol da defesa do desmembramento do escopo em áreas ou lotes.

Aparentemente, a equipe de auditoria confunde o axioma LOTE ÚNICO, com a possibilidade de fragmentação do escopo. Isso é aferido pela maneira pela qual a equipe tenta desqualificar o conteúdo das justificativas visando demonstrar inadequação do Edital a regra geral,

sem compreender que tais justificativas serviam apenas para uma única hipótese: divisão da cidade em regiões.

Na verdade, as explicações apresentadas e copiadas no relatório da Auditoria tinham a finalidade de afastar forma de divisão a priori.

A falta de visualização das inúmeras alternativas, não significa ausência de possibilidades. Longe disso, a Administração adotou uma fórmula criativa, simplificada e bem mais ampla hábil a proporcionar qualquer tipo divisão, SEM configurar o padrão comum pelo qual se estabelece regiões, lotes físicos, regras, ou limitações.

Basta ampliar o foco para além do convencional, do costumeiro, para compreender que tampouco se pretendeu justificar a impossibilidade técnica jurídica do partilhamento do escopo.

Sob outras perspectivas, todos entenderam e, uma vez mais, ENTENDERÃO que as possibilidades eram ILIMITADAS.

Esclarecemos.

Havia a liberdade para as empresas se reunirem em Consórcio SEM limite de número de empresas.

Nesse formato, abriu-se a possibilidade intrínseca de adequar inúmeras conjugações de interesses, para atender qualquer tipo ou forma de divisão de objeto ou objetivos.

A opção escolhida pela Administração foi não pré estabelecer no EDITAL um TIPO específico de desmembramento, dentre os possíveis. Ao invés do afirmado pela Auditoria, demonstra maturidade na compreensão do mercado envolvido na PPP, e amplia a competitividade na medida em que deixa a fragmentação para autorregulação do mercado.

Em verdade, a inteligência foi justamente criar alternativa pela qual se viabiliza qualquer tipo divisão seja de escopo, expertise ou cotas participativas, onde os próprios parceiros se viabilizariam dentro dos Consórcios, em função do MELHOR MODELO que formulariam.

Dando total liberdade, coube aos Agentes Privados todos os riscos de uma modelagem completamente inovadora, consoante combinação de fatores por eles próprios analisados, elegidos e assumidos.

Evitar expor o modelo a conflitos de interesses, não equivale a restringir participação. Longe do afirmado pela Auditoria, estava SIM permitida ampla repartição, consubstanciada nos diversos tipos de conjugação identificados pelos próprios Interessados com o intuito de possibilitar a melhor equação na elaboração do projeto e plano de negócios. Sem sujeição a regras inúteis, inapropriadas ou tecnicamente insustentáveis.

Não regar expressamente não equivale a proibir. Longe disso, havia a permissão, MAS a divisão coube inteiramente aos Agentes Privados, sem restritividade ou mesmo perda de atratividade.

Com respeito à decisão do TCMSP, referida pela AUDITORIA, oportuno observar que o raciocínio JURÍDICO foi tecido sobre bases diversas daquelas acima expostas.

Na Corte de Contas a questão foi debatida apenas sob o ângulo técnico operacional. Nesse contexto não se mostrou recomendável uma divisão que resultasse Concessionários distintos.

Não é demais lembrar que a fragmentação internalizada nos Consórcios abriga soluções inovadoras e preserva todas as responsabilidades e garantias sob a égide da construção da futura Sociedade de Propósito Específico.

Conclui-se que qualquer tipo de desmembramento PODERIA SIM SER realizado pelas licitantes/empresas posto que compreendido intrinsecamente na regra que facultou a participação de qualquer número de empresas em Consorcio. Bastava ampliar o olhar e pensar diferente, fora da caixinha da lei 8666/ 93.

Essa foi a formatação aprovada após diversas análises, donde se conclui pelo atendimento do disposto no parágrafo 1o, do art. 23 da lei de licitações.

Adicionalmente ao tema se pode dizer que o desmembramento físico ou em lotes era o menos recomendado nos ESTUDOS, diante dos seguintes vetores:

- 1. Os serviços de Iluminação Pública envolvem regras de segurança técnica para intervenção na rede. Haja vista que Os circuitos elétricos não possuem limites físicos visualizáveis com facilidade o que dificultaria na identificação do responsável pelo serviço mal prestado.*
- 2. Poderia haver um problema num ponto do circuito que ocasionasse sobrecarga de energia em outro local.*
- 3. Esses aspectos são preventivos, mas essenciais para evitar acidentes com eletrocussão.*
- 4. A PPP prevê instalação de equipamentos eletrônicos que deverão dar a mesma resposta eficiente para a rede inteira. Não se pode arriscar que os Concessionários tentem se esquivar de suas obrigações colocando a culpa no outro ou mesmo em normas do Edital.*
- 5. O que se pretende são serviços públicos de qualidade não a criação de desculpas para não o fazer, ou mesmo a definição exata do responsável técnico à luz da Lei.*
- 6. Também não se mostrou possível partilhar o objeto em quantidades de contribuintes de COSIP, dadas as características das dezenas de zoneamentos da cidade.*
- 7. Risco alto de assimetria entre os lotes por problemas de inconsistências cadastrais e distorções do georeferenciamento.*
- 8. Direcionamento o certame para o segmento das empresas prestadoras de serviços de Iluminação Pública.*
- 9. Por derradeiro, cumpre ressaltar que a rede de Iluminação Pública, é toda interligada, ou seja, é UNA.*

Comprova a correção das proposições do instrumento convocatório o fato de não ser encontrado nenhum caso de PPP de iluminação onde fosse adotado qualquer tipo de desmembramento pré-estabelecido em Edital.

Ao contrário, busca-se a reunião de municípios em Consórcio justamente para viabilizar implantação da tecnologia LED, e demais aplicações em vários municípios, mas em lote único.

Tudo em conformidade com a legislação vigente. _

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

De maneira resumida, a Unidade alega que as suas explicações pelo não desmembramento do objeto em lotes ou áreas tinham a finalidade de afastar a forma de divisão *a priori*. Dessa forma, segundo a manifestação sob exame, o certame não impunha qualquer restrição para que, posteriormente, as empresas vencedoras repartissem ou não a execução dos serviços como achassem melhor, não existindo, portanto, inviabilidade técnica para a divisão.

Neste momento, cabe esclarecer que o comando do parágrafo primeiro do Art. 21 da Lei nº 8.666/1993 (pela divisão de obras, serviços e compras em parcelas) é **direcionado à Administração**, devendo ela própria proceder com a repartição dos lotes já no próprio edital, e não à(s) contratada(s).

Dessa forma, se não existia inviabilidade técnica pela repartição do objeto, e, como ficou demonstrado pela análise de custos, que tampouco existia economia de escala relevante na licitação

em um único lote, fica evidente o desrespeito ao parágrafo primeiro do Art. 23 da Lei nº 8.666/1993, não importando ainda o quanto *`criativa, simplificada e bem mais ampla_* tenha sido a solução encontrada pela Administração.

1.3 - Falta de detalhamento e atualização de especificações importantes para a elaboração do Plano de Negócios.

Verifica-se no Processo nº 2015.0.097.424-9 que um grande número de empresas (aproximadamente quinze organizações) solicitou esclarecimentos relativos ao Edital da Concorrência Internacional nº01/SES/2015. Eram questões relacionadas à garantia, ao objeto e ao plano de negócios, dentre outros assuntos, sugerindo a insuficiência das especificações do Edital para que as empresas pudessem elaborar seus projetos.

A gravidade de tal inferência consiste no fato de que a falta de detalhamento do Edital impede, ao Poder Público, a contratação da empresa que melhor atenda às suas necessidades e, portanto, ao interesse público. Dados a complexidade do objeto da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, o vulto da licitação (aproximadamente sete bilhões de reais) e o prazo de execução (20 anos), esperava-se que a então SMSO publicasse um edital com os devidos detalhamentos e especificações, evitando ao máximo o surgimento de dúvidas entre os interessados no certame.

Adicionalmente, as modificações promovidas na estrutura do parque de iluminação pelo programa *`LED nos Bairros_* não foram incorporadas ao edital/projeto de referência, sendo tais informações apenas divulgadas na internet. Tal fato provocou uma assimetria de informação a favor das empresas F.M. Rodrigues & Cia Ltda. e Alumini Engenharia S/A, visto que ambas eram as responsáveis pelos serviços e formavam o consórcio SP Luz, contratado em 26 de setembro de 2011 para prestar o serviço do referido programa, por um período inicial de 660 dias, o qual foi prorrogado por meio de aditivos e mais tarde, culminou na assinatura de um contrato emergencial. Posteriormente, em março de 2017, a Prefeitura de São Paulo rescindiu o contrato com a Alumini, organização declarada inidônea pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

Destaca-se que a atualização do Plano de Negócios do Edital da Concorrência Internacional nº01/SES/2015 ficou a cargo das licitantes, sendo que tal atividade é de responsabilidade do órgão público. Segundo a Lei nº 11.079/2004 (a qual *`institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública_*), deve existir a atualização dos estudos técnicos que fundamentem a contratação de parceria público-privada.

`Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I - autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei

Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III - declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV - estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; _

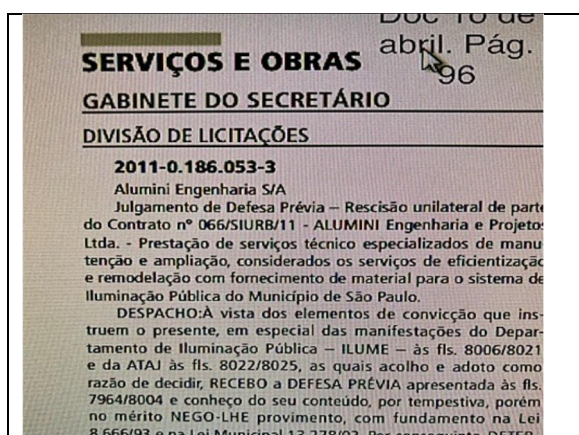
Art. 10 - § 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo. _

Ademais, como o Plano de Negócios não foi atualizado pela Administração Pública, fatos importantes ocorridos entre a publicação do edital e a assinatura do contrato foram desconsiderados, como, por exemplo, a queda na taxa Selic e outros fatores relacionados à conjuntura econômica e financeira do mercado.

Enfatiza-se que a tarifa média da energia elétrica constante do Edital de licitação foi de R\$ 266,19/MWh, vigente em junho de 2015, preço já defasado, mas que foi considerado no último Plano de Negócios do consórcio vencedor FM Rodrigues / CLD. Tal fato demonstra que o Plano em questão não foi devidamente atualizado e não está sendo fiel à realidade.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais apresentou a seguinte manifestação:

‘Ainda que o tópico verse de matéria completamente dissociada dos fatos relatados, cumpre esclarecer o equívoco cometido quanto a real causa rescisão com a empresa Alumini Engenharia. Nos termos da decisão do Senhor Secretário de Serviços e Obras a rescisão foi motivada por infração de natureza gravíssima ocorrida no âmbito do contrato n. 066/SES/11, conforme publicação do DOC de 1º de abril de 2017, pag.96.



O processo teve decisão final ratificada em grau de recurso hierárquico pelo Sr. Prefeito e publicada no DOC de 14 de abril de 2017.

2011-0.186.053-3 - ALUMINI ENGENHARIA S/A - Aplicação de penalidade - Rescisão unilateral de Contrato - Contrato 066/SIURB/11 - Recurso hierárquico. - À vista dos elementos contidos no presente processo, em especial as manifestações da Procuradoria Geral do Município

(fls. 7956/7959), de SMSO/ ATAJ (fls. 8853/8855) e da Assessoria Jurídica deste Gabinete, as quais adoto como razão de decidir, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso interposto por *ALUMINI ENGENHARIA S/A*, mantendo, por consequência a decisão de fl. 8026 que rescindiu unilateralmente o contrato 066/SES/11 celebrado com a recorrente, considerando, em especial, a observância ao que prevê o artigo 78, inciso I e VI da Lei 8.666/93 e artigo 29, § único da Lei Municipal 13.278/02, uma vez que não foram apresentados quaisquer fatos ou fundamentos novos capazes de infirmar a legalidade da punição questionada no que diz respeito à esta questão. Como se vê do processado, a empresa Alumini intermediava a prestação de serviços, agindo de forma clandestina e sem anuência da Administração Municipal, concorrendo para a prática de desvio de impostos, bem como impondo ao Município- Contratante a uma condição mais onerosa. Quanto ao mérito, o relatório aborda três fases da Contratação, completamente distintas:

1) Fase de consulta pública > anterior à publicação do Edital definitivo.

A própria legislação prevê etapa onde é dada oportunidade para que os interessados livremente se manifestem, façam comentários, e tentem formular itens do Edital ou cláusulas contratuais que melhor atendam seus interesses privados.

O contexto mencionado pelos Auditores constitui-se em ambiente normal a etapa a que se refere > fase de consulta pública. Seria estranho se antes do Edital ser publicado os agentes interessados. http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/perguntas_e_respostas_ao_edital_da_ppp_de_ip_v08_1453321369.pdf

Nessa fase a Gestão consegue verificar o apetite do mercado para o projeto.

2) Fase antecede a abertura dos envelopes > refere o programa LED nos bairros

A auditoria afirma assimetria de informação a favor das empresas prestadora de serviço que formavam o Consórcio SP LUZ.

Reportando-se a época da elaboração das propostas, vale lembrar que a alegação de possível assimetria foi rechaçada com a demonstração de que toda informação relativa ao programa LED nos bairros foi comunicada e publicada, podendo ser consultada na página do ILUME ainda hoje link

<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/obras/ilume/noticias/index.php?p=217302>

Além de descabida, essa de reeditar questões superadas impõe a Unidade submissão ao trabalho hercúleo para coleta de todas as informações amplamente divulgadas, publicadas no DOC e que constavam no processo administrativo auditado. Tudo aquilo que foi questionada e sobejamente respondido para que a PPP chegasse os dias atuais.

3) Fase de Contratação > atualização do Plano de Negócios

Esta Unidade compreende a dificuldade de assimilação de todos os vetores que levaram ao modelo da PPP, especialmente para aqueles não habituados com a dinâmica do parque de IP e não acompanhou o processo desde sua origem.

Sobre o tema destaque-se que o julgamento do TCMSP reconheceu dinamismo do Parque de Iluminação Pública e liberou a licitação com determinações de adequações procedidas pela Comissão Técnica.

Apesar de a Comissão Técnica elaborar relatório informativo das parcelas significativas que deveriam ser adequadas no Plano de Negócios, bem como apresentar quadro comparativo onde mostra as atualizações, e concomitantemente já atende ao determinado pelo TCMSP, a equipe de auditoria afirma que a Administração Pública não procedeu a atualização do Plano de Negócios. Cabe dizer que o plano de negócios elaborado como modelo pelo Poder Público para a licitação se caracteriza como ferramenta referencial que se presta a demonstrar a possibilidade de maximização econômica e elementos de viabilidade do projeto do ponto de vista do Poder Público. Por outro lado, o Plano de Negócios do proponente pode conter estrutura completamente diferente e trazer soluções inovadoras e não constantes do PLANO inicial do Poder Público.

Esse pormenor nos conduz a acreditar que o relatório sequer buscou entender como os outros órgãos cumprem a disposição legal. Isso sem mencionar o equívoco de confundir atualização com revisão.

A atualização diz respeito à verificação dos axiomas do Plano de Negócios Referencial e não se refere à equação econômica financeira que será objeto da revisão do Contrato de Concessão no devido tempo.

Nem a lei, nem os decretos regulamentares explicitam o nível de detalhamento, nem tampouco a maneira de fazê-lo.

A Gestão Doria avaliou projeto da PPP e decidiu mantê-lo.

Logo em seguida, a Unidade respondeu a diversos quesitos formulados pelo Plenário de Conselheiros do TCMSP. Para tanto a Unidade procedeu a atualização de diversos pontos concretos, cujos vetores foram redirecionados a dados realísticos.

Na verdade, a pauta era a da atualização do MODELO, de modo que automaticamente impôs a Gestão a atualização das premissas do plano de negócios inicial. Disso decorreram as determinações para a Administração proceder as ADEQUAÇÕES que constaram da parte dispositiva do VOTO do I. Conselheiro Relator, motivo pelo qual foi realizada de maneira conjunta na etapa anterior a adjudicação do objeto.

A Comissão Técnica nomeada pela pasta de SMSO, formalizada por meio da Portaria _____, realizou diversas consultas em Editais publicados em 2018, de modo a verificar os preceitos desses instrumentos, em consulta ou publicados, em confronto com os estabelecidos na PPP de iluminação.

As bases são as mesmas em todas as modelagens, adaptadas as características da cidade onde haverá a modernização em LED. Não foram encontradas premissas novas capaz de afastar a viabilidade demonstrada ou a maximização econômica demonstrada no Modelo REFERENCIAL.

Enfim.

Por diversas vezes a Administração foi instada a defender um processo conduzido sob acompanhamento dos diversos Controles concomitante e em todas elas demonstrou a razoabilidade os termos do certame. Portanto, pode-se afirmar que a licitação foi conduzida nos termos da estrita Legalidade.

A principal tarefa da estrutura de CONTROLE da atividade do Estado Gerencial é verificação dos resultados. Jamais evitar que a contratação chegue a ocorrer, sendo que no caso em tela fica patente que a Administração demonstrou a lisura dos atos praticados. _

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

Em sua resposta, quanto à assimetria de informação a favor das empresas que formavam o Consórcio SP Luz, o órgão afirma que *`toda informação relativa ao programa LED nos bairros foi comunicada e publicada, podendo ser consultada na página do ILUME ainda hoje no link <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/obras/ilume/noticias/index.php?p=217302> _*.

Entretanto, observa-se que no endereço eletrônico mencionado, as informações divulgadas são superficiais, existindo apenas a quantidade global de luminárias LED instaladas por distrito, faltando a divulgação referente à quantidade de luminárias instaladas por endereço e as especificações das lâmpadas já instaladas, dentre outras informações. Assim, quando as licitantes

realizaram seus planos de negócio, as empresas Alumini e FM Rodrigues tinham informações detalhadas que as demais não possuíam.

Portanto, as modificações promovidas na estrutura do parque de iluminação pelo programa `LED nos Bairros_ deveriam ser incorporadas ao edital/projeto de referência, na medida em que as informações divulgadas na internet eram pouco detalhadas.

Adicionalmente, apesar de o órgão, em sua resposta, afirmar que *`o Plano de Negócios do proponente pode conter estrutura completamente diferente e trazer soluções inovadoras e não constantes do PLANO inicial do Poder Público_*, o Plano de Negócios elaborado pelo Poder Público, exatamente por se constituir uma ferramenta referencial, deveria ser devidamente atualizado para refletir todos os fatos importantes ocorridos entre a publicação do edital e a assinatura do contrato. Essa atualização por parte da Administração Pública possibilitaria um maior controle sobre os preços, taxas e condições ofertados pela proponente, preservando o erário contra gastos abusivos e atendendo, dessa forma, ao interesse público.

Observa-se que outro argumento da unidade, afirmando que o Tribunal de Contas do Município de São Paulo liberou a licitação da PPP da iluminação pública, *`com determinações de adequações procedidas pela Comissão Técnica_*, não justifica a falta de detalhamento e atualização de especificações importantes para a elaboração do Plano de Negócios. Conforme consta na Constituição Federal, Art. 74, incisos II e IV, as finalidades do sistema de controle interno consistem em, dentre outras, *`comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado_*, além de apoiar o controle externo. Portanto, existem aspectos observados pelo controle interno (CGM) que não são da competência do controle externo (TCM), sendo que os controles se complementam.

Adicionalmente, verifica-se que a taxa básica de juros brasileira (SELIC) interfere diretamente na TIR do projeto e, portanto, na atratividade do projeto aos potenciais investidores. Nesse contexto, verifica-se que, no Processo nº 2015-0.097.424-9, volume 11, fl. 3974 a 3975, a TIR do projeto da PPP foi elevada para 9,4%, em comparação à taxa proposta na abertura da consulta pública (quando a TIR era 8,4%), por considerar os efeitos da mudança do cenário macroeconômico, particularmente a elevação da taxa de juros no Brasil. Esse foi um dos motivos para a elevação do teto da remuneração do parceiro privado para R\$ 29,76 milhões por mês.

O fato exposto comprova a extrema importância da taxa SELIC na determinação da TIR, sendo que o aumento da primeira de 11% a.a., vigente no período de 02/04/2014 a 29/10/2014 (época da abertura da consulta pública) para 13,75% a.a., vigente no período de 03/06/2015 a 29/07/2015 (época da publicação do edital), provocou um ajuste da TIR de 8,4% a.a. para 9,4% a.a..

Em contrapartida, pelo fato de a Administração Pública não ter atualizado o Plano de Negócios, a TIR referencial manteve-se em 9,4% a.a., apesar do tempo decorrido entre a publicação do edital e a assinatura do contrato, gerando um prejuízo ao erário. Destaca-se que a taxa SELIC vigente à época da assinatura do contrato (fevereiro de 2018) era de 6,75% a.a. (fonte: Banco Central do Brasil), ou seja, houve uma redução de, aproximadamente, 50% em relação à taxa vigente à época da publicação do edital, não sendo razoável a manutenção da TIR.

Dessa forma, como a TIR de Plano de Negócios referencial não foi atualizada, o Consórcio FM Rodrigues / CLD manteve, em sua proposta atualizada, a TIR de 9,17% a.a., sendo que deveria

haver uma redução. Ou seja, tal taxa manteve-se inalterada apesar do tempo decorrido entre a data da apresentação da proposta original e a da apresentação da proposta atualizada, período em houve a redução em quase 50% no valor da SELIC.

CONSTATAÇÃO 002 - Ausência de embasamento pela escolha do Modelo de PPP.

No Volume nº1 do Processo nº 2015-0.097.424-9, página 392, a Subsecretaria do Tesouro Municipal pronunciou-se quanto ao principal motivo que levou o Poder Público a recorrer à contratação de um projeto por meio de PPP. Segundo a unidade, *“a iniciativa privada, por suas próprias características organizacionais, está mais preparada para gerenciar alguns riscos. Além disso, a maior agilidade administrativa de que goza a iniciativa privada, torna possível a existência de ganhos de eficiência na construção e na operação das utilidades públicas, que se reverteriam num menor custo de oferta daquele bem à sociedade.”*

Entretanto, no documento, inexistente justificativa em termos quantitativos que demonstrem os reais benefícios da contratação por meio de Parceria Público-Privada (PPP) em detrimento da regida pela Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, falta um estudo detalhado demonstrando que o custo-benefício da PPP é melhor que o custo-benefício da contratação tradicional (regida pela Lei nº 8.666/1993) pela Administração Pública.

Pelo contrário, no Volume 26 do Processo nº 2015-0.097.424-9, páginas 8857 a 8878, é apresentado um estudo de um Plano de Negócios de Referência, integrante de uma Ação Popular para tutela do patrimônio público contra o Edital de Concorrência Internacional nº01/SES/2015 da Secretaria Municipal de Serviços, em que é feita uma análise da viabilidade econômico-financeira do projeto de PPP para modernização, otimização, expansão, manutenção e controle remoto da rede municipal de iluminação pública de São Paulo.

No estudo citado, é feita uma comparação entre as formas de contratação por meio de PPP e por meio da Lei nº 8.666/1993, chegando-se a uma economia de, aproximadamente, R\$ 1,014 bi, quando utilizada esta última forma. Assim, foi demonstrada a desvantagem econômico-financeira da opção pela PPP, sendo que a Ilume não apresentou contra-argumentos objetivos e convincentes.

Portanto, falta um embasamento mais consistente, com critérios objetivos e quantitativos, demonstrando a real vantagem em se contratar o objeto em questão por meio de PPP, ao invés de basear-se na Lei nº 8.666/1993.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais apresentou a seguinte manifestação:

“Toda matéria sub judice na Ação Popular, aguarda pronunciamento de mérito do Juízo, motivo pelo qual nem poderia ser debatida pela Auditoria.

A matéria foi amplamente debatida no Controle Externo, sua reedição remonta ao ataque a coisa julgada, conforme se verá. Também não se enxerga qual a razão para retomar o tema.

Em 2017 o Banco Mundial elaborou amplo estudo dos modelos de negócios com vistas a eficiência energética e serviços de iluminação pública nos Municípios, que pode ser consultado no site link http://wbg-eficienciaip.com.br/pdfs/1613639_EE-Lighting-Portuguese_Web.pdf.

O documento afirma ser o modelo de PPP adequado a cidade de grande porte.

Os debates técnicos sobre o modelo escolhido são pretéritos e foram desenvolvidos junto ao Controle Externo. Resultaram em decisão emblemática que destrincha toda a complexidade da matéria:

A Origem apresentou em sua resposta as razões pela escolha do modelo de contratação, as quais, para melhor elucidar a questão, apresento em sua íntegra.

Para o setor público, o instrumento PPP permite a obtenção de um melhor uso do recurso público (value for money) quando da oferta de serviços públicos ao lhes conferir eficiência, eficácia e efetividade, particularmente por meio das seguintes diferenciais:

§ Inovação

A PPP de iluminação permite o uso de tecnologias inovadoras concomitantes, bem como a transferência desta do setor privado para a área pública. Inclusive, a afirmação de que o parque deverá ser totalmente remodelado com o uso de tecnologia LED, desconsidera que esta não está exigida como o único modelo a ser utilizado pelo vencedor em todo período, até porque as inovações tecnológicas avançam a passos largos, e não há como se afirmar que outra tecnologia superior não venha incorporada desde o início dos trabalhos ou durante o período de modernização.

O modelo dispensa o Governo de fornecer pormenores de projeto executivo que engessam a Contratação. Bastam estudos de viabilidades e anteprojetos detalhados e consistentes, de como o serviço público deverá ser ofertado pelo parceiro privado.

Também a partir do estabelecimento de condicionantes e elementos básicos, o poder público elabora um modelo referencial de plano de negócios, a fim de demonstrar a viabilidade da contraprestação máxima, e o Agente Empreendedor propõe seu modelo de plano de negócios.

§ Otimização do custo e da vida útil dos equipamentos

Num modelo onde é transferida a operação total do serviço público, o empreendedor é induzido a aprimorar técnicas de projeto e implantar novas tecnologias, que minimizem os custos de implantação e operação e aumentem a vida útil dos ativos, algo que dificilmente seria possível no esquema tradicional de gestão pública, em que as diversas fases do modelo antes citado são de responsabilidade de diferentes atores.

§ Compartilhamento de infraestruturas.

Existem várias modelagens em que facilidades governamentais implementadas nas PPPs são compartilhadas, como as infraestruturas com terceiros, minimizando gastos operacionais do parceiro público, num movimento impulsionado pela experiência do parceiro privado em gestão de ativos, o que não é possível com a aplicação da Lei 8.666/93.

Nesta hipótese, poderão ser propostos projetos para ganhos com as chamadas receitas acessórias que serão inclusive compartilhadas com o Poder Público, o que garante um incremento futuro na arrecadação ao Erário.

§ Matriz de Riscos (Divisão de Responsabilidades)

Possibilita o parceiro público definir as condições de oferta de determinado serviço público, e o parceiro privado projetar, implantar e operar os ativos para tal. Nessas circunstâncias, costuma ocorrer uma divisão de responsabilidades mais clara e coerente, já que cada um dos parceiros estará exercendo suas atividades finalísticas.

§ Metodologia

O arranjo contratual das PPPs pode trazer facilidade de gestão principalmente no toante ao novo componente tecnológico atrelado aos equipamentos, além de trazer maior harmonização do serviço.

§ Vantajosidade

O modelo PPP representa a oportunidade de se desfrutar de serviços públicos mais bem estruturados e coordenados, sobretudo pelo fato que indicadores de desempenho que estarão monitorando todo o período da Concessão. _

A Equipe de Auditoria, em sua resposta, manifestou sua opinião sobre a escolha do modelo de contratação, não dispondo tecnicamente acerca de eventual prejuízo ao erário, muito menos enfrentando a opção discricionária da Administração. Apresento seu arrazoado:

As justificativas apresentadas são genéricas e não vieram acompanhadas da demonstração solicitada.

Ademais, o fato de que a administração conseguiu prover quantidades significativas, cerca de 90.000 pontos de iluminação modernizados e/ou substituídos no mesmo padrão exigido pela PPP, com recursos próprios, é uma evidência concreta de que a Administração possui condições de manutenção do serviço, devendo a opção pela PPP ser justificada, demonstrando os benefícios adicionais gerados pela gestão privada, e a resposta oferecida não o fez.

Acresça-se o fato que a opção pela PPP carrega o ônus da vinculação obrigatória à licitante vencedora pelo prazo contratual, 20 anos, fato não isento de riscos de toda ordem.

No ordenamento jurídico administrativo brasileiro a Administração Pública dialoga com os chamados atos vinculados e os discricionários.

A adoção de uma via quando presente mais de um caminho possível é conferida ao Administrador por meio do chamado Poder discricionário, cuja melhor tradução extraímos do preclaro jurista Celso Antônio Bandeira de Melo:

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Em ato sequente, imperioso ressaltar o magistério de José Antônio Remédio, no livro `Direito Administrativo`, Editora Verbatim, 2ª edição, p. 516/517:

As carências sociais e econômicas do Brasil e a insuficiência de recursos públicos para realizar todos os serviços e atividades necessárias para a coletividade, entre outros fatores, levaram o Estado a buscar alternativas para suprir as deficiências, culminando com a implantação do modelo de licitação e contratação de Parceria Público-Privada, no âmbito da Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desta forma, com o máximo respeito ao questionamento em exame, entendo que o modelo adotado pela Administração está em sintonia com o ordenamento jurídico, e sua fundamentação encontra-se dentro da margem de discricionariedade conferida ao Administrador.

Ademais, a matéria se tornou superada, tendo em vista que ao autorizar o prosseguimento do certame, esta Corte de Contas aprovou o modelo de contratação adotado pela Administração.

Mesmo assim, cumpre ressaltar a inexistência de uma régua, de um parâmetro que seja possível estabelecer o CUSTO real da prestação de serviços pelo Poder Público.

O valey for money como requisito base a definição do melhor modelo não implica no conceito `mais barato`, mas sim na demonstração da maximização econômica, eficiência e eficácia dos recursos públicos.

O Poder Público passa a fiscalizar único Contrato, enquanto que todas demais contratações ficam a cargo da SPE/Concessionário, cuja remuneração dependerá de fatores de disponibilidade e desempenho.

Com isso, inúmeros custos indiretos ficam automaticamente extintos ou transferidos ao Agente Privado, como as despesas advindas de estrutura necessária ao processamento de diversas licitações pela Lei 8666/93, como também de gestão e fiscalização de múltiplos contratos.

Efetivamente o que mais importa é a possibilidade de o MODELO imprimir efetiva melhora na qualidade da prestação dos serviços públicos, especialmente quando se cuida de interesses públicos primários. O FOCO SÃO OS RESULTADOS.

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

A Unidade, em sua manifestação, afirma que a escolha do modelo de PPP foi amplamente debatida pelo Controle Externo; entretanto, cabe ressaltar inicialmente que os controles interno e externo são complementares e não excludentes. Conforme já exposto na Constatção 1.3 deste Relatório, constitucionalmente, uma das finalidades do controle interno consiste em comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Nesse sentido, o foco desta Controladoria não é apenas o resultado, mas também avaliar a eficiência da gestão patrimonial nos órgãos municipais, incluindo o Ilume.

A Unidade ainda cita, em sua resposta, um documento do Banco Mundial, datado de 01 de junho de 2016, denominado Iluminado Cidades Brasileiras. O documento apresenta modelos de negócio para a iluminação pública no Brasil, apresentando suas vantagens e desvantagens. Quanto ao modelo de PPP, as desvantagens envolvem: *“o tempo e os custos de transação envolvidos na preparação de uma PPP podem ser significativos, especialmente considerando que existem poucos exemplos anteriores de PPPs neste setor para orientar os municípios e os fiscalizadores (p.ex., Tribunal de Contas) no processo de estruturação e avaliação dos contratos”*.

O documento ainda apresenta outros modelos, dentre eles o Financiamento Municipal, que consiste no pagamento da dívida do município financiada pelas receitas da COSIP. Neste modelo, o município seria responsável pela execução ou terceirização e a fiscalização dos serviços de operação e manutenção.

Portanto, o documento apresenta diversos modelos para a iluminação pública no Brasil, apresentando suas vantagens e desvantagens, cabendo ao Município avaliar qual o modelo que melhor atende ao interesse público, resguardando o erário mediante a busca pelas propostas mais vantajosas.

Observa-se ainda que, em sua resposta, a Unidade não apresentou justificativa em termos quantitativos demonstrando os reais benefícios da contratação por meio de Parceria Público-Privada (PPP) em detrimento da regida pela Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, entende-se restar pendente um estudo detalhado demonstrando que o custo-benefício da PPP é melhor que o custo-benefício da contratação tradicional (regida pela Lei nº 8.666/1993) pela Administração Pública.

CONSTATAÇÃO 003 - Atribuição do Pagamento pelo consumo de Energia Elétrica ao Parceiro Privado configurando escolha desfavorável à Administração.

O item `z_, 11.2, do Contrato referente à Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, afirma que é obrigação da Concessionária adquirir ou viabilizar o provimento da energia elétrica necessária para a execução do objeto da concessão, realizando, diretamente junto à distribuidora de energia elétrica,

os pagamentos necessários.

Conforme motivos explanados a seguir, a equipe de auditoria acredita que tal atribuição, não sendo tecnicamente necessária, dado que a própria Prefeitura poderia responsabilizar-se pelos pagamentos referentes à energia elétrica, não trará benefícios ao Poder Público, sendo a opção mais onerosa para ao erário.

Isso ocorre basicamente porque, ao fazer parte do montante de valores envolvidos no fluxo de caixa do contrato, o custo da energia elétrica influenciou na determinação da Taxa Interna de Retorno (TIR), a qual consiste na taxa que iguala o valor presente das entradas de caixa (retornos) com o valor presente das saídas de caixas. De forma simplificada, a TIR seria para a empresa uma taxa de juros recebida por um empréstimo concedido. Ou seja, de maneira resumida, significa que os valores referentes à energia elétrica estariam sujeitos a um prêmio cobrado pela concessionária, o que não aconteceria caso a própria Prefeitura se responsabilizasse pelos pagamentos, diretamente.

Ademais, verifica-se que no Processo nº 2015-0.097.424-9, a Secretaria Municipal de Serviços e Obras não apresentou informações objetivas e números que comprovassem os benefícios ou eventual economia de custos a ser gerada, ao transferir o ônus da energia elétrica para a concessionária.

Na prática, a Prefeitura de São Paulo pagará pela conta de eletricidade acrescida de um percentual direcionado à concessionária, custo adicional desnecessário, visto que a empresa contratada não gerará valor adicionado algum no insumo em questão.

Dada a magnitude dos valores e prazos envolvidos, não há que se falar em perda de atratividade do projeto ao retirar da concessionária a atribuição pelos pagamentos de energia elétrica, visto que o objeto principal, ou seja, a gestão, expansão e modernização do parque de iluminação da cidade de São Paulo, continuaria a cargo da concessionária, sob uma taxa de retorno. Além disso, ainda permanece a possibilidade de obtenção de outras fontes de receita para a concessionária, como já especulado pelo relatório inicial da São Paulo Negócios, como a venda de créditos de carbono e a instalação de pontos de rede Wi-Fi nos postes de iluminação.

Aliás, a retirada da conta de luz do rol de obrigações do contrato, ao diminuir os valores envolvidos, visto que representa, aproximadamente, 59,6% do total de custos e despesas operacionais do projeto, também reduz a necessidade de financiamento, de capital inicial e de garantias por parte da concessionária, o que aumenta a acessibilidade, e, portanto, a competitividade do certame.

Além disso, as obrigações e riscos atribuídos à concessionária ficariam mais restritos, na medida em que não a exporia a flutuações no custo da energia. Riscos que, inclusive, são menores para o Poder Concedente, pois esses são repassados para a sociedade. Isso porque o Município conta com a possibilidade de reajustar a Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP) quando da ocorrência de eventuais alterações no preço da energia elétrica.

A questão sobre a atribuição do pagamento referente à energia elétrica foi objeto de requerimento emitido pela empresa Terwan Engenharia de Eletricidade (fls. 3223 a 3260 do Processo 2015-0.097.424-9). Em resposta, a SMSO (fls. 3397 a 3404) argumenta que a responsabilização pelo pagamento da eletricidade à concessionária é uma forma de incentivar a redução do consumo de energia no parque existente. Com relação ao argumento apresentado, entende-se que existem outras formas, por sinal menos onerosas para a Prefeitura, de incentivar a redução do consumo de energia elétrica, como por exemplo, cláusulas contratuais que imponham metas de consumo regressivo,

passíveis de desconto nos repasses em caso de descumprimento.

Dessa forma, caso o próprio Poder Público fosse o responsável por remunerar diretamente o consumo de energia elétrica, esse poderia se beneficiar em caso de eventual redução de consumo acima do previsto além de possibilitar potencial e relevante economia tendo em vista a estimativa de consumo prevista no projeto e a TIR proposta pelo consórcio vencedor.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais apresentou a seguinte manifestação:

Trata-se de premissa relacionada diretamente à atratividade do modelo consoante pontuado nos diversos itens acima respondidos.

Registra-se a preclusão da matéria conforme explanado no item `BREVE COSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DA PPP`.

Com a Concessão já contratada, a função da Auditoria restringe-se na verificação da regularidade do procedimento licitatório no âmbito da Comissão de Licitação, em confronto com as bases CONSUMADAS, sem invadir o ATO JURÍDICO PERFEITO.

*A EFICÁCIA do Controle INTERNO depende, essencialmente, da compreensão dos limites da atuação controladora, haja vista aspectos temporais, bem como a impossibilidade jurídica decorrente da preclusão material, de modo que TODOS os aplicadores das normas estejam **na mesma página**.*

Assim, o único controle cabível com respeito ao tópico `achado` é o da legalidade. Sobre este aspecto a Resolução 414/10 recentemente alterada pela Resolução expressamente prevê a possibilidade de delegação do pagamento da conta de energia da Iluminação Pública.

Art. 5º A classificação das unidades consumidoras estrutura-se nas seguintes classes:

I - residencial;

II - industrial;

III - comércio, serviços e outras atividades;

IV - rural;

V - poder público;

VI - iluminação pública;

VII - serviço público; e

VIII - consumo próprio.

*§ 6º A classe iluminação pública caracteriza-se pelo fornecimento de energia elétrica exclusivo para a prestação do serviço público de iluminação pública, de responsabilidade do Poder Público Municipal ou Distrital, ou **ainda daquele que receba essa delegação**, com o objetivo de iluminar:*

I - vias públicas destinadas ao trânsito de pessoas ou veículos, tais como ruas, avenidas, logradouros, caminhos, passagens, passarelas, túneis, estradas e rodovias; e

II - bens públicos destinados ao uso comum do povo, tais como abrigos de usuários de transportes coletivos, praças, parques e jardins, ainda que o uso esteja sujeito a condições estabelecidas pela administração, inclusive o cercamento, a restrição de horários e a cobrança.

Como se vê, a aludida atribuição ao parceiro privado respeita a legislação em vigor sobre o tema.

Mas não é só disso que trata este item. Com a transferência dessa atribuição, o Poder Público passa a ter possibilidade de ESTIMAR o orçamento para a Iluminação Pública novamente.

Desde de 2015 a conta de energia passou a trazer parcela de imprevisibilidade pela aplicação de bandeiras tarifárias, que oneraram o orçamento público e consumiram parcelas

que poderiam realizar investimentos. A falta de estimativa constitui fator completamente dissociado das regras de previsão orçamentária.

Logo, a atribuição do pagamento da fatura de energia à Concessionária propiciará o cumprimento da execução orçamentária, conforme estabelecido na LDO e na LOA. _

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

A Unidade inicia sua manifestação discutindo os limites de atuação do controle interno frente ao denominado Ato de Jurídico Perfeito, alegando que, neste caso, restaria apenas o controle de legalidade, devendo a auditoria, portanto, limitar-se a verificar se a avaliação da delegação do pagamento da conta de energia elétrica está de acordo com a lei. Quanto a isso, a Unidade conclui que a delegação é legal, baseada na *`Resolução 414/10 recentemente alterada pela Resolução _*

Novamente, aponta-se para as competências constitucionais do controle interno, especialmente aquelas presentes nos Artigos 70 e 74 da Constituição. Sendo assim, cabe à Equipe de Auditoria seguir defendendo que o controle interno sobre outras questões que não a legalidade (seja sobre legitimidade, economicidade, eficácia ou eficiência) não é limitado frente ao aspecto temporal, devendo ser aplicado até sobre o que a unidade chama de ato jurídico perfeito, mesmo na impossibilidade de revogação, dadas as necessidades de responsabilização e modificação de procedimentos futuros.

Finalizando sua manifestação sobre o tema, a Unidade auditada ainda afirma que com transferência de atribuição sobre a energia elétrica, *`o Poder Publico passa a ter possibilidade de ESTIMAR o orçamento para a Iluminação Publica novamente_* o que, segundo ela, seria vantajoso dado que, desde 2015, com a existência das bandeiras tarifárias, a conta de energia elétrica passou a trazer imprevisibilidade.

Primeiramente, cumpre lembrar que a Administração possui um atenuante protetor com relação a flutuações no preço da energia elétrica, que seria a proporcional resposta da COSIP, dado que tal contribuição incide sobre a conta de eletricidade dos municípios, também aumentando em valor absoluto na medida em que a tarifa fica mais cara.

Sendo assim, quanto à vantagem trazida pela possibilidade de estimar o orçamento, a equipe conclui não ser suficiente para justificar todo o ônus que a Administração teria com a mencionada delegação. Entende-se que própria Unidade deveria realizar a estimativa do impacto financeiro provocado com a transferência da responsabilidade pela remuneração de energia elétrica, comparando fluxos de caixa com e sem a delegação, expondo dessa forma todo o custo em excesso que essa prática gera.

Dessa forma, conclui-se que, de fato, a atribuição ao Parceiro Privado pelo pagamento da energia elétrica envolvida no parque de iluminação pública representa escolha significativamente desfavorável a Administração Pública.

CONSTATAÇÃO 004 - Inconsistências na conduta da CEL quanto à avaliação dos documentos de Habilitação e de Garantia dos Consórcios participantes.

Observa-se, no Processo Administrativo nº2015-0.097.424-9, a ata de julgamento do recurso interposto pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD e das respectivas contrarrazões do Consórcio Walks, emitida em 24/01/2018, que culminou na inabilitação do Consórcio Walks e sua consequente exclusão do certame.

Um dos motivos levantados pela Comissão Especial de Licitação (CEL) foi a declaração de inidoneidade da empresa Alumini Engenharia S/A, a qual é controlada pela Quatro Participações, sendo a primeira uma das empresas integrantes do Consórcio Walks. Entretanto, existe processo judicial em tramitação na 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em que é discutida a legalidade da participação do referido Consórcio na licitação.

Portanto, seria mais prudente à Unidade aguardar o trânsito em julgado do processo judicial, especialmente porque existe a possibilidade de decisões judiciais posteriores invalidarem o certame (caso a exclusão do Consórcio Walks seja julgada ilegal) e devido ao grande vulto, em termos quantitativos, envolvidos na licitação.

Outros motivos apresentados pela CEL estão relacionados a problemas na garantia da proposta. Um deles refere-se ao aumento do risco de não pagamento da garantia apresentada pelo Consórcio Walks. Isso porque, segundo o Consórcio FM Rodrigues/CLD, em seu Recurso Administrativo (acatado pela CEL) contido no Volume 33, fls. 10587 a 10611, do Processo nº2015-0.097.424-9, a garantia da proposta da Walks, *`(...) deixa de fora, propositalmente, a hipótese do Consórcio não poder assinar o Contrato Administrativo em decorrência da declaração da suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e/ou declaração de inidoneidade das empresas que o compõem (penalidades).* _.

Entretanto, tal garantia, caso exigida pela Unidade, deveria ser cobrada igualmente de todos os licitantes, ou seja, tanto do Consórcio Walks quanto do Consórcio FM Rodrigues/CLD, posto que pelo princípio da igualdade, é necessário a existência de um tratamento justo para os cidadãos. Nesse contexto, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que *`Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*_. Ademais, tal exigência deveria constar no Edital da Concorrência Internacional nº01/SES/2015, possibilitando à Unidade a cobrança de tal proteção.

Enfatiza-se que o risco de declaração da suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e/ou declaração de inidoneidade das empresas que compõem o Consórcio, pode ocorrer tanto antes da assinatura do contrato, quanto durante sua execução pelos próximos 20 anos. Daí a importância em se incluir um dispositivo na Garantia de Proposta, abrangendo o risco exposto e se aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial referente à participação do Consórcio Walks no certame.

Diante do exposto, verifica-se que a CEL foi rígida na análise da Garantia de Proposta apresentada pelos licitantes, culminando na eliminação do Consórcio Walks do certame, mas não apresentou o mesmo rigor na avaliação da documentação de habilitação, conforme detalhes a seguir.

Em 29/01/2018, a Presidente da Comissão de Licitação (CEL) emitiu um comunicado de convocação para atualização dos documentos do envelope 3 - Habilitação, devido ao prazo decorrido desde a primeira entrega dos envelopes contendo tal documentação, tendo sido verificado

que o Consórcio FM Rodrigues/CLD, declarado habilitado e vencedor do certame, não apresentou todos os necessários documentos devidamente atualizados.

Foram exibidas, pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD, apenas a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, bem como a Certidão Negativa de Falência/Concordata, a qual constitui apenas um dos documentos solicitados para a qualificação econômico-financeira, restando pendentes a atualização da documentação relacionada à habilitação jurídica, assim como de documentos inerentes à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira.

Quanto à qualificação econômico-financeira, o item 15.3.1 do Edital da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 exige dos licitantes, o balanço patrimonial e respectivas demonstrações contábeis referentes ao **último exercício social**, conforme transcrição abaixo:

“15.3.1. Os LICITANTES e cada um dos integrantes do CONSÓRCIO, conforme aplicável, deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de qualificação econômico-financeira (...)

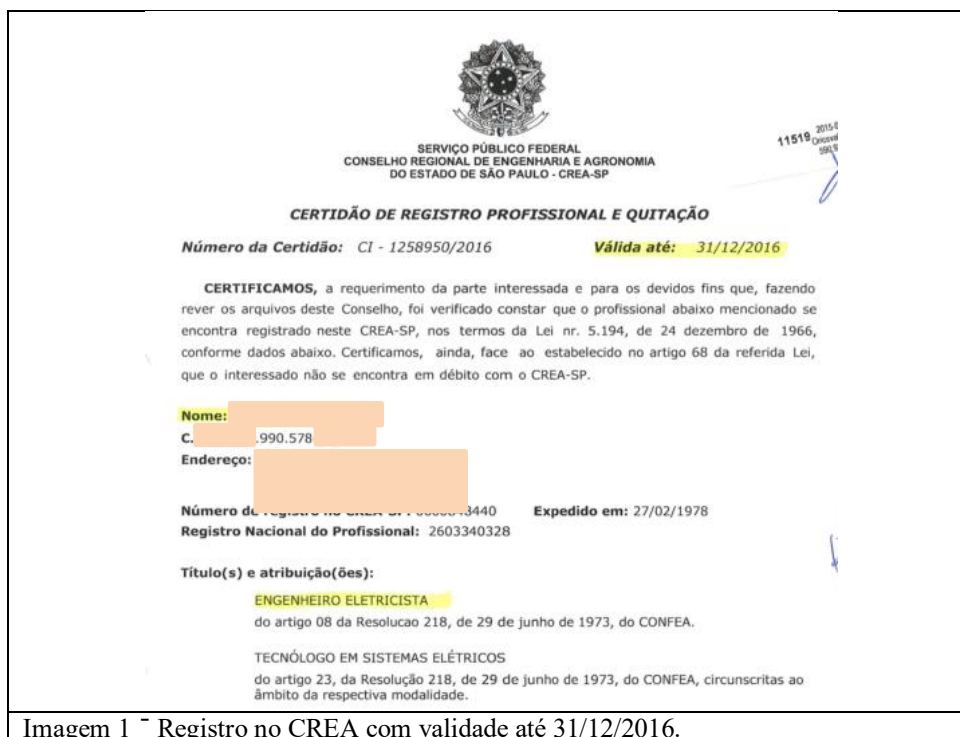
c) balanço patrimonial e respectivas demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, devidamente registrados. _

Contudo, o Consórcio FM Rodrigues/CLD não atualizou seu balanço patrimonial ou suas demonstrações contábeis, mantendo como provas de habilitação o balanço encerrado em 31 de dezembro de 2014 e respectivas demonstrações, apresentadas em fevereiro de 2016 à CEL, ou seja, dada à relevante defasagem, entende-se que tais documentos não refletem a real condição econômico-financeira do competidor.

No quesito da qualificação técnica, o referido edital, no item 15.5.1, solicita, dentre outros documentos, os seguintes:

“a) comprovação de possuir, em seu quadro permanente, na DATA DE ENTREGA DAS PROPOSTAS, profissional(is) de nível superior, detentor(es) de atestado(s) de responsabilidade técnica emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado(s) no CREA ou CONFEA, acompanhado(s) da respectiva Certidão de Acervo Técnico - CAT, expedida pelo(s) Conselho(s) Profissional(is) correspondente(s), os quais comprovem ter o(s) profissional(ais) executado obras ou serviços com características técnicas similares a do objeto da presente LICITAÇÃO, cujas parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo são as abaixo indicadas:(...) _

Contudo, no Volume 35 do Processo nº 2015-0.097.424-9, fls. 11519 a 11529, verifica-se que os registros no CREA dos profissionais da FM Rodrigues estão desatualizados, conforme ilustra a Imagem 1 a seguir.



Serviço Público Federal
CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA-SP

CERTIDÃO DE REGISTRO PROFISSIONAL E QUITAÇÃO

Número da Certidão: CI - 1258950/2016 Válida até: 31/12/2016

CERTIFICAMOS, a requerimento da parte interessada e para os devidos fins que, fazendo rever os arquivos deste Conselho, foi verificado constar que o profissional abaixo mencionado se encontra registrado neste CREA-SP, nos termos da Lei nº. 5.194, de 24 dezembro de 1966, conforme dados abaixo. Certificamos, ainda, face ao estabelecido no artigo 68 da referida Lei, que o interessado não se encontra em débito com o CREA-SP.

Nome: [REDACTED]
C. [REDACTED] 990.578
Endereço: [REDACTED]

Número de Registro no CREA-SP: 11519 Expedido em: 27/02/1978
Registro Nacional do Profissional: 2603340328

Título(s) e atribuição(ões):
ENGENHEIRO ELETRICISTA
do artigo 08 da Resolução 218, de 29 de junho de 1973, do CONFEA.
TECNÓLOGO EM SISTEMAS ELÉTRICOS
do artigo 23, da Resolução 218, de 29 de junho de 1973, do CONFEA, circunscritas ao âmbito da respectiva modalidade.

Imagem 1 - Registro no CREA com validade até 31/12/2016.

No mesmo volume, fls. 11537 a 11563, verifica-se que os registros no CREA dos profissionais da CLD também estão desatualizados, conforme ilustra a Imagem 2.



Serviço Público Federal
CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA-SP

CERTIDÃO DE REGISTRO PROFISSIONAL E QUITAÇÃO

Número da Certidão: CI - 1234420/2015 Válida até: 31/03/2016

CERTIFICAMOS, a requerimento da parte interessada e para os devidos fins que, fazendo rever os arquivos deste Conselho, foi verificado constar que o profissional abaixo mencionado se encontra registrado neste CREA-SP, nos termos da Lei nº. 5.194, de 24 dezembro de 1966, conforme dados abaixo. Certificamos, ainda, face ao estabelecido no artigo 68 da referida Lei, que o interessado não se encontra em débito com o CREA-SP.

Nome: [REDACTED]
C. [REDACTED] 631.568
Endereço: [REDACTED]

Número de Registro no CREA-SP: 11537 Expedido em: 27/03/1980
Registro Nacional do Profissional: 2602906026

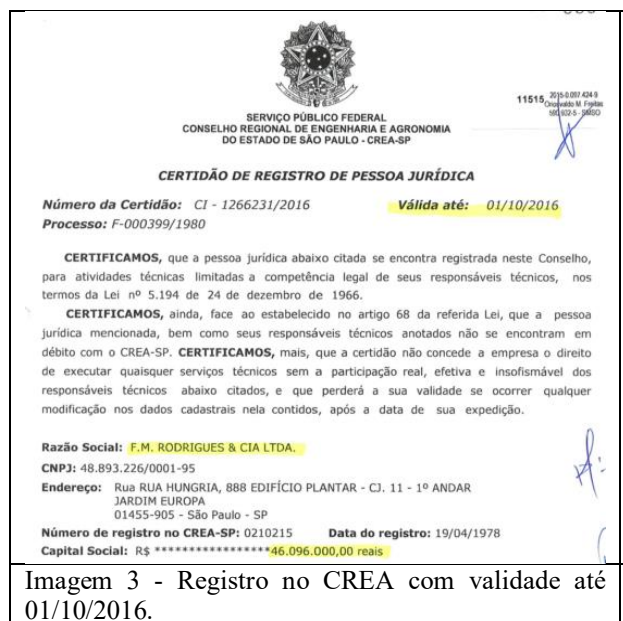
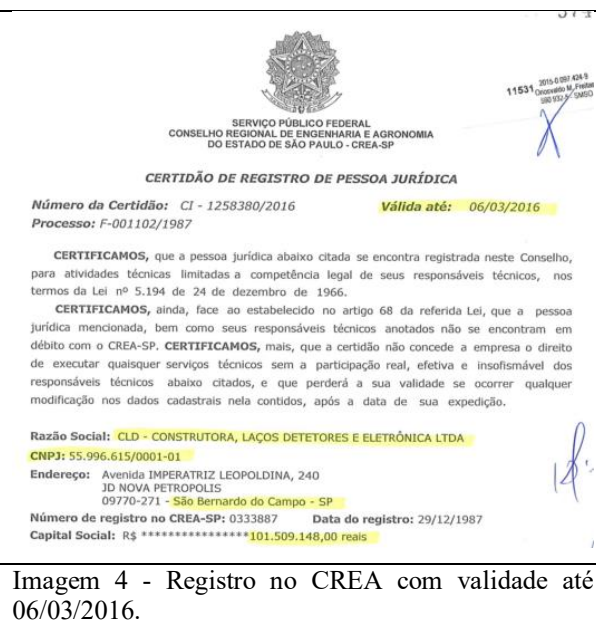
Título(s) e atribuição(ões):
ENGENHEIRO CIVIL
Do artigo 7º da Resolução 218, de 29 de junho de 1973, do CONFEA.

Imagem 2 - Registro no CREA com validade até 31/03/2016.

Ainda, quanto à qualificação técnica, o referido edital, no item 15.5.1, também exige:

‘c) certidão atualizada de registro do LICITANTE, ou, no mínimo, 01 (um) dos PROPONENTES integrantes do CONSÓRCIO e de seus responsáveis técnicos no CREA, em ramo de atividade compatível com o objeto da LICITAÇÃO. _

Entretanto, no Volume 35 do Processo nº 2015-0.097.424-9, fls. 11515, verifica-se que os registros no CREA das empresas FM Rodrigues e CLD estão desatualizados, conforme demonstram as Imagens 3 e 4.

 CERTIDÃO DE REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA Número da Certidão: CI - 1266231/2016 Válida até: 01/10/2016 Processo: F-000399/1980 CERTIFICAMOS, que a pessoa jurídica abaixo citada se encontra registrada neste Conselho, para atividades técnicas limitadas a competência legal de seus responsáveis técnicos, nos termos da Lei nº 5.194 de 24 de dezembro de 1966. CERTIFICAMOS, ainda, face ao estabelecido no artigo 68 da referida Lei, que a pessoa jurídica mencionada, bem como seus responsáveis técnicos anotados não se encontram em débito com o CREA-SP. CERTIFICAMOS, mais, que a certidão não concede a empresa o direito de executar quaisquer serviços técnicos sem a participação real, efetiva e inofismável dos responsáveis técnicos abaixo citados, e que perderá a sua validade se ocorrer qualquer modificação nos dados cadastrais nela contidos, após a data de sua expedição. Razão Social: F.M. RODRIGUES & CIA LTDA. CNPJ: 48.893.226/0001-95 Endereço: Rua RUA HUNGRIA, 888 EDIFÍCIO PLANTAR - CJ. 11 - 1º ANDAR JARDIM EUROPA 01455-905 - São Paulo - SP Número de registro no CREA-SP: 0210215 Data do registro: 19/04/1978 Capital Social: R\$ *****46.096.000,00 reais	 CERTIDÃO DE REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA Número da Certidão: CI - 1258380/2016 Válida até: 06/03/2016 Processo: F-001102/1987 CERTIFICAMOS, que a pessoa jurídica abaixo citada se encontra registrada neste Conselho, para atividades técnicas limitadas a competência legal de seus responsáveis técnicos, nos termos da Lei nº 5.194 de 24 de dezembro de 1966. CERTIFICAMOS, ainda, face ao estabelecido no artigo 68 da referida Lei, que a pessoa jurídica mencionada, bem como seus responsáveis técnicos anotados não se encontram em débito com o CREA-SP. CERTIFICAMOS, mais, que a certidão não concede a empresa o direito de executar quaisquer serviços técnicos sem a participação real, efetiva e inofismável dos responsáveis técnicos abaixo citados, e que perderá a sua validade se ocorrer qualquer modificação nos dados cadastrais nela contidos, após a data de sua expedição. Razão Social: CLD - CONSTRUTORA, LAÇOS DETETORES E ELETRÔNICA LTDA CNPJ: 55.996.615/0001-01 Endereço: Avenida IMPERATRIZ LEOPOLDINA, 240 JD NOVA PETROPOLIS 09770-271 - São Bernardo do Campo - SP Número de registro no CREA-SP: 0333887 Data do registro: 29/12/1987 Capital Social: R\$ *****101.509.148,00 reais
Imagem 3 - Registro no CREA com validade até 01/10/2016.	Imagem 4 - Registro no CREA com validade até 06/03/2016.

Destaca-se que o Consórcio Walks interpôs recurso contra a decisão que habilitou o Consórcio FM Rodrigues/CLD, alertando para o fato de que este último apresentou atualização incompleta. Porém, a CEL refutou o recurso, por meio da Ata da Reunião de 26/02/2018, afirmando, em relação ao Consórcio FM Rodrigues/CLD, que *todos os documentos de habilitação, conforme dispõe a lei e o Edital, foram exigidos com validade para a data de apresentação da proposta. Ainda, por diligência, a Comissão pediu a atualização das certidões, o que foi, plenamente, atendido, (...)*.

Questionada sobre a possível inadequação quanto à habilitação do Consórcio FM Rodrigues/CLD devido à falta de documentos atualizados, a Unidade apresentou comprovação de publicação, no DOC, comprovando que a apresentação de apenas uma parte dos comprovantes atualizados pelo Consórcio esteve em consonância com pronunciamento oficial da Comissão. Tal fato será melhor detalhada na análise da equipe, apresentada na sequência das justificativas da Unidade.

Cumprе ressaltar que documentos de Habilitação, segundo o Edital do certame, abrangem a documentação de caráter geral, a relativa à habilitação jurídica, a relativa à qualificação econômico-financeira, a relativa à regularidade fiscal e trabalhista, a relativa à qualificação técnica e a de caráter específico, tendo sido decisão discricionária da CEL a exigência de que apenas uma parte fosse atualizada pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD.

Superada a questão quanto à existência de autorização formal, por parte da CEL, flexibilizando a necessidade de atualização dos documentos de habilitação, cumpre examinar a adequação de tal conduta, visto que, não obstante terem se passado, aproximadamente, dois anos desde a primeira entrega dos envelopes contendo a habilitação, importantes comprovantes deixaram de ser atualizados e muitos documentos com validade vencida foram aceitos, conforme demonstrado nas imagens.

Destaca-se que a habilitação não pode ficar sujeita à discricionariedade evidenciada, pois visa garantir uma contratação segura e a consequente seleção da empresa que realmente seja detentora de aptidões para esse efeito.

Dessa forma, restam configuradas inconsistências na conduta da CEL quanto à avaliação dos documentos de habilitação do Consórcio FM Rodrigues / CLD, restando desatualizados

comprovantes de extrema importância para a própria segurança dos contratos vindouros, bem como rigidez desarrazoada e incompatível com a própria conduta histórica da Pasta no tocante à avaliação da garantia do Consórcio Walks, a qual levou, inclusive, a sua inabilitação.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais apresentou a seguinte manifestação:

‘No que tange a este tópico, a equipe técnica incorre em duas impropriedades técnicas que levam há equívoco irremediável de sua própria análise.

*Primeiro diz respeito a afirmação que destoa completamente dos axiomas que estruturam do Direito Público. Isso porque ao afirmar que ‘**seria mais prudente à SMSO aguardar o trânsito em julgado do processo judicial**’ coloca o interesse privado acima do interesse público, em total desalinhamento com a missão do órgão da Controladoria.*

Aliás, a questão da necessidade de aguardar o trânsito em julgado foi fartamente DEBATIDA e divulgada na oportunidade em que a Corte Suprema examinou a questão da prisão em 2ª Instância.

Vale lembrar que a questão então debatida abarcava considerar a quebra da presunção de inocência, logo, em se esvaziar o sistema garantista da CF/88. A possibilidade da prisão em 2ª instância foi debatida e dentre os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes chama atenção aquele que refere a questão de aguardar o trânsito em julgado.

‘A condicionante constitucional ao ‘trânsito em julgado’, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º. A interligação e complementariedade entre todos esses_

*Outras abordagens dos Desembargadores e dos Ministros consideram a evolução do direito para atender **os anseios da sociedade**, bem como que a execução do julgado está em conformidade com o sistema, pois os recursos não impendem a execução provisória. Sem menciona que o Em 2018, o STJ publicou pesquisa demonstrando que a absolvição de réus condenados em **segunda instância** é de 0,62 por cento no tribunal.*^[37]

Ora se questões que versam sobre princípios maiores não precisam aguardar o trânsito em Julgado, com mais RAZÃO não se precisaria aguardar o trânsito em julgado de um ATO ADMINISTRATIVO cuja legalidade foi RATIFICADA não só pela decisão de mérito da 7ª. VFP, mas por decisões que indeferiram Tutela ou Medida liminares. Todavia a questão comporta outros fundamentos lógico jurídicos.

Ressalte-se que a Auditoria sugere que seria ‘mais prudente à SMSO aguardar o trânsito em julgado do processo judicial, especialmente porque existe a possibilidade de decisões judiciais posteriores invalidarem o certame (caso a exclusão do Consórcio Walks seja julgada ilegal) e devido ao grande vulto, em termos quantitativos, envolvidos na licitação._

*Tal assertiva além de estar destituída de acuidade técnica e jurídica, mostra-se equivocada, na medida em que converge diretamente a favor do interesse do Consórcio WALKS excluído e inabilitado no processo licitatório por **ATO ADMINISTRATIVO LEGÍTIMO E VÁLIDO**.*

Se o ato administrativo possui legitimidade e validade, porque o fato de ser questionado lhe retiraria a capacidade de gerar efeitos???

A prudência não responde à questão, nem tampouco atende a ordem pública, nem converge com os fundamentos basilares da função administrativa para abrigar a finalidade de prover as necessidades de ordem geral ou coletiva.

O sistema jurídico erigido constitucionalmente confere aos atos administrativos prerrogativas para o exercício da atividade administrativa de modo eficiente e finalístico voltado ao interesse público. Incontestavelmente os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade, auto executoriedade e impositividade³.

Ditos atributos conferem ao ATO administrativo nascer autônomo e independente. Capaz de irradiar os efeitos que lhe são inerentes. A composição desses atributos implica em exigibilidade e executoriedade imediatas do ato jurídico.

*Ao sofrerem CONTROLE acabam por ser confirmados. Por conseguinte, adquirem FORÇA de outro atributo: o da **imutabilidade**. Estabelece-se a coisa julgada material, na esfera administrativa, a conduta assume qualidade de ATO JURÍDICO PERFEITO, ou seja, **reconhecida a situação jurídica estável**.*

(incluir o despacho do Juízo da 7ª VFP)

*Mesmo que se diga que há direito ao controle do ATO pelo Poder Judiciário, este controle não examina o MÉRITO da atividade estatal, não interfere na autonomia e independência dos Poderes da República. Está limitado ao controle de **legalidade do ATO**.*

Ainda que se afirme o dever ser preservados os direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa, existe a SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, a razão social para qual se estrutura o aparato estatal.

A força desse princípio permanece inexoravelmente preservada como estruturante do direito público.

Não para justificar o abstrato, o agir arbitrário, o desvio de finalidade.

A imperatividade vem da exigência política social desse ESTADO DEMOCRÁTICO manter a Ordem Pública.

O Poder Público PERMANECE protegido pela segurança jurídica e exerce sua atividade de forma plena sem incertezas ou instabilidades.

Esse vetor sempre existiu.

A linha estava tênue e por essa razão enfrentando transgressões infames que desregularam as balizas no âmbito administrativo, trazendo instabilidades e incertezas as relações jurídicas.

Consta agora expressamente CONSAGRADO na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Para que tudo fosse aclarado aos intérpretes desavisados que se posicionam sem prever as consequências jurídicas da concretização de uma decisão.

Por outro lado, quando o ATO não se consuma na esfera administrativa, a parte inconformada provoca o controle externo e, via de regra, pleiteia o exercício do Poder De Cautela - seja judicial

³ São as qualidades do ato administrativo.

1. Presunção de legitimidade (legalidade, validade ou veracidade): trata-se da presunção de que os atos praticados pela Administração são legais e, portanto, praticados em conformidade do ato com o ordenamento jurídico. São, também, reputados verdadeiros os fatos alegados pela Administração.

Registre-se que trata-se de *presunção relativa*, admitindo, portanto, prova em contrário.

2. Auto-executoriedade (ou Executoriedade): consiste no fato do ato administrativo poder ser posto em execução independentemente de intervenção do Poder Judiciário.

3. Imperatividade: os atos administrativos já nascem com uma força impositiva própria do Poder Público e se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância ou necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

3. Imperatividade: os atos administrativos já nascem com uma força impositiva própria do Poder Público e se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância ou necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

4. Exigibilidade ou Coercibilidade: é o poder que os atos administrativos possuem de serem exigidos quanto ao seu cumprimento, sob ameaça de sanção. Vai além da imperatividade, pois traz uma coerção para que se cumpra o ato administrativo. **Ex.:** Presença do guarda em esquina com semáforo (farol ou sinaleiro) indicando que sua inobservância poderá implicar na aplicação de uma sanção (no caso, uma multa).

ou contas - a medida liminar ou a tutela antecipada concedida têm o efeito de cobrir o ato com um manto protetor do direito do requerente. Esse manto serve a impedir a irradiação dos efeitos concernentes ao ato.

*A decisão ou sentença analisará o conflito suscitado e poderá retirar o manto protetor - considerar improcedente a reclamação contra o ATO administrativo. O ATO **volta a irradiar** os efeitos que lhe são próprios.*

Nesse caso ainda que pendente de recurso, o que em tese possa haver reversão da decisão nas instâncias superiores o sistema lógico jurídico impõe proteção ao ESTADO em prol da sociedade.

*Enquanto não houver uma decisão de mérito desconstitutiva do ato administrativo, ele permanece vigente com força de estabilidade (não de imutabilidade). Por isso que se afirmar que o ato administrativo mesmo NULO, só pode ser ANULAVEL pelo Poder Judiciário -efeito **EX NUNC**.*

Todas as consequências produzidas pelo ato jurídico estável são respeitadas e preservadas, pois o direito público não se compadece com decisões incertas, inseguras que gerem instabilidade nas relações jurídicas.

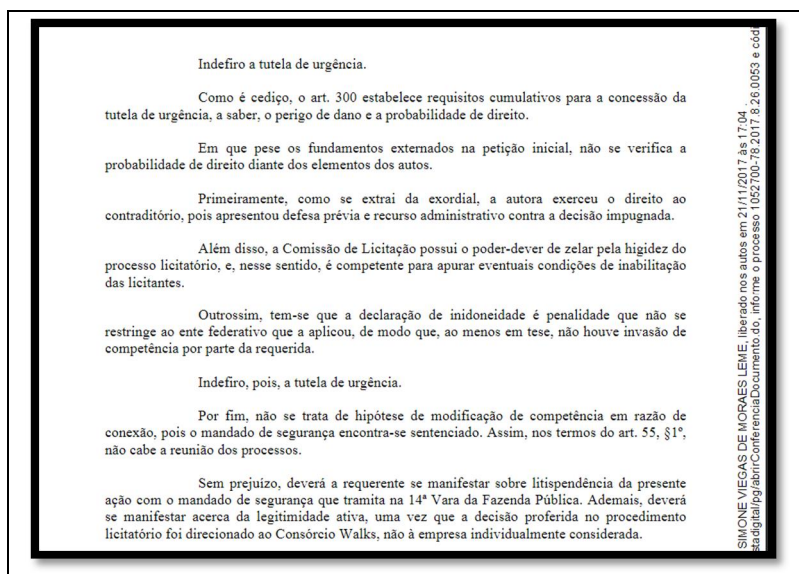
Nesse sentido, a r. sentença da prolatada na Ação Anulatória movida pela 7ª. VFP confirma da legalidade da decisão do AGENTE PUBLICO.

Ademais, o ato administrativo em questão goza da presunção de legitimidade e veracidade, que decorre do princípio da legalidade da Administração (art. 37 CF), elemento informativo de toda a atuação governamental.

A consequência dessa presunção - ensina HELY LOPES MEIRELLES - "é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 32ª edição, pág. 138). No mesmo sentido: DIÓGENES GASPARINI (Direito Administrativo, Saraiva, 11ª edição, pág. 74) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, Atlas, 19ª edição, pág. 208).

Assim, segundo o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ônus do qual não se desincumbiu.

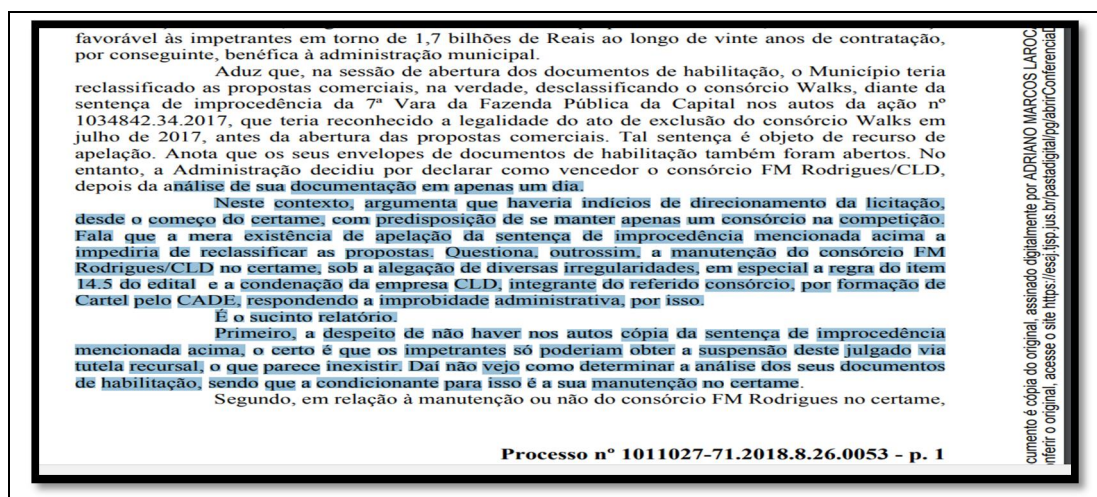
Também a maioria das decisões interlocutórias proferida nas diversas Ações que podem ser consultadas abaixo se posicionaram no mesmo sentido, indeferindo a Tutela Antecipatória e permitindo que o Ato Jurídico permanece no mundo jurídico irradiando os efeitos próprios de suas características.



Com efeito, se houver decisão terminativa posterior que venha concluir pela procedência da Ação; o sistema hermenêutico possui um complexo de normas jurídicas voltadas ao restabelecimento da conformidade jurídica no ESTADO DEMOCRÁTICO de Direito.

Nem poderia ser diferente, imagine se a Administração tivesse que aguardar, em toda licitação relevante, o trânsito em julgado (não cabimento de mais nenhum recurso) de decisões finais das inúmeras ações judiciais que são inevitavelmente propostas contra as mais diversas decisões proferidas pelo Poder Público no transcorrer do procedimento licitatório e que desagradam pelo menos um dos licitantes.

A questão consta examinada na decisão interlocutória da 12VFP, que enfrenta a questão suscitada pelo Autor da Ação - Consorcio WALKS.



O resultado seria verdadeira interferência entre os poderes. Importaria no uso de medidas judiciais com intuito políticos partidários, apenas para atravancar uma Gestão Pública, dando margem a verdadeira subversão jurídica.

Outra impropriedade do relatório está em usar argumento validos para a GARANTIA DE EXECUÇÃO, enquanto os documentos examinados e a fase de licitação relacionam-se a GARANTIA DE PROPOSTA.

Outros motivos apresentados pela CEL estão relacionados a problemas na garantia da proposta. Um deles refere-se ao aumento do risco de não pagamento da garantia apresentada pelo Consórcio

WALKS. Isso porque, segundo o Consórcio FM Rodrigues/CLD, em seu Recurso Administrativo (acatado pela CEL) contido no Volume 33, fls. 10587 a 10611, do Processo nº2015-0.097.424-9, a garantia da proposta da WALKS, (...) deixa de fora, propositalmente, a hipótese do Consórcio não poder assinar o Contrato Administrativo em decorrência da declaração da suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e/ou declaração de inidoneidade das empresas que o compõem (penalidades). _.

Entretanto, tal garantia, caso exigida pela Secretaria Municipal de Serviços e Obras (SMSO), deveria ser cobrada de todos os licitantes, ou seja, tanto do Consórcio WALKS quanto do Consórcio FM Rodrigues/CLD, posto que pelo princípio da igualdade, é necessário a existência de um tratamento justo para os cidadãos. Nesse contexto, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que `Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)_ . Ademais, tal exigência deveria constar no Edital da Concorrência Internacional nº01/SES/2015, possibilitando à SMSO a cobrança de tal proteção.

`Enfatiza-se que o risco de declaração da suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e/ou declaração de inidoneidade das empresas que compõem o Consórcio, pode ocorrer tanto antes da assinatura do contrato, **quanto durante sua execução pelos próximos 20 anos**. Daí a importância em se incluir um dispositivo na **Garantia de Proposta**, abrangendo o risco exposto. _ (negritamos)

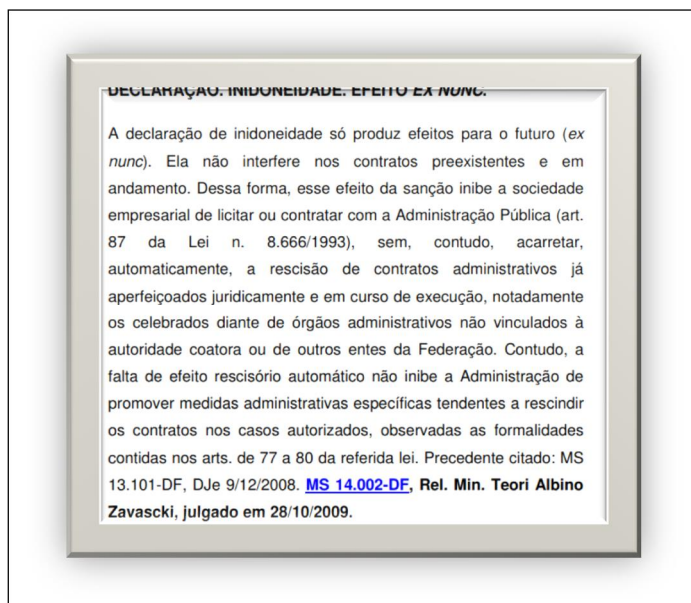
(...)

Todavia, tal afirmação não prospera, visto que a CEL foi clara em seu comunicado, exigindo a atualização dos documentos de Habilitação, os quais, segundo o Edital do certame, abrangem a documentação de caráter geral, a relativa à habilitação jurídica, a relativa à qualificação econômico-financeira, a relativa à regularidade fiscal e trabalhista, a relativa à qualificação técnica e a de caráter específico. Tal atualização é obrigatória, na medida em que se passaram, aproximadamente, dois anos desde a primeira entrega dos envelopes contendo a habilitação. Assim, muitos documentos com validade acabaram vencendo, conforme demonstrado nas imagens. (grifamos)

Note-se que o relatório sequer se preocupa em verificar se o Consórcio WALKS estava correto na forma de agir, nem tampouco se era legítima sua participação na fase examinada. Sequer menciona que os atestados desse consórcio eram todos da empresa Alumini Engenharia emitidos pelo município de São Paulo onde teve seu contrato posteriormente rescindido.

Seria PRUDENTE a equipe verificar as reais razões de rescisão unilateral, bem como se estas não refletiriam no atestado, não resultariam no cancelamento desse atestado emitido antes da confissão das infrações, perquirindo os efeitos da rescisão consolidada em relação ao documento apresentado na licitação.

Especificamente com respeito à preocupação externada pela Auditoria quanto à possibilidade de um integrante do Consórcio vencedor se tornar inidôneo nos próximos 20 anos, por meio da qual desenvolve hermenêutica antijurídica e sem qualquer legitimidade plausível, esta Unidade colaciona abaixo o entendimento do STJ e CGU sobre a questão:



*Patente a desconformidade da análise com a clareza **itens do Edital**, e comunicado emitidos pela Comissão. Então qual o intuito de um relatório desfigurado, onde a equipe mostra imprudência e imperícia, e nenhuma cautela ao impingir improbidade aos membros da Comissão ao referir parcialidade nos julgamentos: `Diante do exposto, verifica-se que a CEL foi rígida na análise da Garantia de Proposta apresentada pelos licitantes, culminando na eliminação do Consórcio WALKS do certame. Entretanto, tal rigidez não foi verificada na avaliação da documentação de habilitação.*

Algo que JAMAIS permeou a licitação da PPP de Iluminação.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FASE HABILITATÓRIA

*Impende esclarecer que a garantia de proposta integra o núcleo das chamadas **`condições de participação`** que define regras de direito material, as quais tem o condão de conferir o caráter de licitante ao Interessado que se apresentou no certame.*

Os requisitos de habilitação estão relacionados nos artigos 27 a 32 da Lei Federal nº 8.666/93, ao passo que as condições de participação em sentido restrito estão previstas no edital e na legislação de modo esparsos.

Consoante ensina Marçal Justen Filho, condições de participação da licitação se caracterizam como gênero, tendo por espécies os requisitos de habilitação e as condições de participação em sentido restrito.

"6.1. Distinção entre requisitos de habilitação e condições de participação em sentido restrito.

Embora a distinção não seja usual na teoria, os requisitos de habilitação não se confundem com as condições de participação em sentido restrito.

(...)

A utilidade da distinção reside em evidenciar que as hipóteses de exclusão de licitantes não se limitam ou reduzem aos casos de inabilitação. Há outros requisitos de participação de licitantes, que não podem ser reconduzidos diretamente ao elenco dos arts. 27 a 32.

Ressalte-se que a Lei 8.666/93 não disciplinou essas condições de participação de modo tão estrito como o fez com os requisitos de habilitação. Estão previstos em leis alheias à licitação ou derivam de escolhas da Administração em face das circunstâncias concretas.

(...)

*As **condições de participação materiais** relacionam-se com a possibilidade de o sujeito ingressar na disputa. Podem indicar-se, **sem cunho de exaustividade**, as seguintes: a) admissibilidade de participação de consórcios; b) vedação de participação do sujeito em diversos consórcios; c)*

*incompatibilidade entre a situação subjetiva do sujeito e o certame (art. 9º); d) **ausência de punição impeditiva da participação em licitação.***" (destacamos - obra citada p. 536/538).

Obviamente que as condições de participação precedem TODAS as fases justamente por se referir a requisitos mínimos:

7. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

7.1. Poderão participar desta LICITAÇÃO as sociedades empresariais, fundos de investimento em participações (FIPs) e outras pessoas jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, isoladamente ou em CONSÓRCIO.

7.2. Não poderão participar da LICITAÇÃO, isoladamente ou em CONSÓRCIO, pessoas jurídicas:

*a) **que tenham sido declaradas inidôneas, ou que estejam suspensas ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública, por decisão administrativa, nos termos do art. 87, III e IV, da Lei Federal nº 8.666/93, da Lei Municipal nº 14.094/05, da Lei Municipal nº 13.278/02 e do Decreto Municipal nº 44.279/03 e suas alterações, ou por decisão judicial;***

*b) **que estejam interditadas por crimes ambientais, nos termos do art. 10 da Lei Federal nº 9.605/98;***

*c) **cujo(s) dirigente(s) ou responsável(is) técnico(s) seja(m) ou tenha(m) sido, nos últimos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da publicação do EDITAL, servidor(es) ocupante(s) de cargo(s) ou emprego(s) nos órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta do Município de São Paulo;***

*d) **que estejam em regime de recuperação judicial ou extrajudicial, ou cuja falência haja sido decretada por sentença judicial;***

*e) **que estejam sob intervenção do Banco Central do Brasil; ou f) e que estejam sob intervenção da Secretaria da Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social.***

7.2.1. Conforme decisão do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, exarada nos autos do TC nº 72.002.972/15-34, também não poderão participar da LICITAÇÃO, distribuidores e fornecedores - detentores de contrato de concessão de energia elétrica na Cidade de São Paulo -, bem como as CONTROLADAS, CONTROLADORAS ou coligadas à concessionária de energia elétrica local.

*Judicialmente o município defende que **as condições de participação**, como é o caso do impedimento, possuem natureza jurídica objetiva e refere-se a questões que por razões de lógica e ordem legal devem ser decididas antes das demais.*

Por exemplo, as distribuidoras constaram como impedidas de participar. Então havia o dever de a Comissão atuar no resguardar o cumprimento da regra estabelecida pelo na decisão do Tribunal de Contas.

Pelo raciocínio inverso, se a matéria fosse objeto da fase de habilitação, a concorrência teria distribuidoras ofertando preços mais baixos (vantajosos no aspecto valor) mas em total desacordo com o ordenamento jurídico, com as questões de ordem pública.

A vantajosidade é critério intrinsecamente ligado à possibilidade de a proposta ser considerada para efeito de julgamento, classificação e contratação.

De outra parte, o Edital dispõe expressamente que os documentos deveriam estar válidos para a data da apresentação da proposta. Todos os documentos do Consórcio FM/CLD copiados pela Auditoria estavam dentro dessa REGRA editalícia⁴.

⁴ 15.4.3. Os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO devem se encontrar válidos na data de apresentação das PROPOSTAS.

 SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA-SP 11515 2015-0-097-424-9 Certidão de Registro de Pessoa Jurídica CERTIDÃO DE REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA Número da Certidão: CI - 1266231/2016 Válida até: 01/10/2016 Processo: F-000399/1980 CERTIFICAMOS, que a pessoa jurídica abaixo citada se encontra registrada neste Conselho, para atividades técnicas limitadas a competência legal de seus responsáveis técnicos, nos termos da Lei nº 5.194 de 24 de dezembro de 1966. CERTIFICAMOS, ainda, face ao estabelecido no artigo 68 da referida Lei, que a pessoa jurídica mencionada, bem como seus responsáveis técnicos anotados não se encontram em débito com o CREA-SP. CERTIFICAMOS, mais, que a certidão não concede a empresa o direito de executar quaisquer serviços técnicos sem a participação real, efetiva e insofismável dos responsáveis técnicos abaixo citados, e que perderá a sua validade se ocorrer qualquer modificação nos dados cadastrais nela contidos, após a data de sua expedição. Razão Social: F.M. RODRIGUES & CIA LTDA. CNPJ: 48.893.226/0001-95 Endereço: Rua RUA HUNGRIA, 888 EDIFÍCIO PLANTAR - CJ. 11 - 1º ANDAR JARDIM EUROPA 01455-905 - São Paulo - SP Número de registro no CREA-SP: 0210215 Data do registro: 19/04/1978 Capital Social: R\$ *****46.096.000,00 reais	 SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA-SP 11531 2015-0-097-424-9 Certidão de Registro de Pessoa Jurídica CERTIDÃO DE REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA Número da Certidão: CI - 1258380/2016 Válida até: 06/03/2016 Processo: F-001102/1987 CERTIFICAMOS, que a pessoa jurídica abaixo citada se encontra registrada neste Conselho, para atividades técnicas limitadas a competência legal de seus responsáveis técnicos, nos termos da Lei nº 5.194 de 24 de dezembro de 1966. CERTIFICAMOS, ainda, face ao estabelecido no artigo 68 da referida Lei, que a pessoa jurídica mencionada, bem como seus responsáveis técnicos anotados não se encontram em débito com o CREA-SP. CERTIFICAMOS, mais, que a certidão não concede a empresa o direito de executar quaisquer serviços técnicos sem a participação real, efetiva e insofismável dos responsáveis técnicos abaixo citados, e que perderá a sua validade se ocorrer qualquer modificação nos dados cadastrais nela contidos, após a data de sua expedição. Razão Social: CLD - CONSTRUTORA, LAÇOS DETETORES E ELETRÔNICA LTDA. CNPJ: 55.996.615/0001-01 Endereço: Avenida IMPERATRIZ LEOPOLDINA, 240 JO NOVA PETROPOLIS 09770-271 - São Bernardo do Campo - SP Número de registro no CREA-SP: 0333887 Data do registro: 29/12/1987 Capital Social: R\$ *****101.509.148,00 reais
---	---

De fato, os documentos referentes à FASE de habilitação cuja atualização foi requisita foram apenas as certidões dos itens 15.3.1 letras 'a' e 'b' e item 15.4.1.⁵, consoante Comunicado publicado no DOC no dia 31/01/18 pg 87.

PREFEITURA DE SÃO PAULO
Serviços e Obras

COMUNICADO DE CONVOCAÇÃO PARA ATUALIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS DO ENVELOPE 3 - HABILITAÇÃO

REPUBLICAÇÃO

A PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - PORTARIA Nº 19/SMSO/2017 - COMUNICA aos interessados que, tendo em vista o prazo decorrido desde a entrega dos envelopes contendo a documentação de habilitação, FICAM os Consórcios participantes CONVOCADOS PARA ENTREGAR DOCUMENTAÇÃO ATUALIZADA, nos termos do item 15.3.1 letras "a" e "b" e item 15.4.1, do Edital de CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/SES/2015 - Processo Administrativo Nº 2015-0.097.424-9 - para a celebração de PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP), na modalidade CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, cujo objeto é a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo.

O ENVELOPE, CONTENDO A DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO ATUALIZADA, DEVERÁ SER PROTOCOLADO na Unidade técnica de Licitação - G2, da Secretaria Municipal de Serviços e Obras, localizada na Avenida São João, 4/3 - 18º andar, até às 13H00 horas da data designada para prosseguimento da licitação, ou seja, dia 08 de fevereiro de 2018. Os Envelopes em questão serão abertos na própria sessão.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

Dulce Eugênia de Oliveira
Presidente da CEL

⁵ 15.3.1. Os LICITANTES e cada um dos integrantes do CONSÓRCIO, conforme aplicável, deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de qualificação econômico-financeira: a) para qualquer tipo de sociedade empresária: certidão negativa de pedido de falência e recuperação judicial, expedida pelo Distribuidor Judicial da Comarca (Varas Cíveis) da cidade onde a empresa for sediada, com data de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à data da sessão pública de abertura dos envelopes. Em havendo qualquer ação judicial distribuída, deverá ser juntada a certidão de objeto e pé, que aponte a situação do processo atualizado para 90 (noventa) dias antes da data da referida sessão pública de abertura dos envelopes; b) para os demais LICITANTES: certidão expedida pelo Distribuidor Judicial das Varas Cíveis em geral (Execução Patrimonial) da Comarca onde a empresa está sediada, datada de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à data da sessão pública de abertura dos envelopes. Em havendo qualquer ação judicial distribuída, deverá ser juntada a certidão de objeto e pé atualizada, que aponte a situação do processo atualizado para 90 (noventa) dias antes da data da referida sessão pública de abertura dos envelopes.

15.4.1. Os LICITANTES e cada um dos integrantes do CONSÓRCIO deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de regularidade fiscal e trabalhista.

Apesar de toda matéria debatida nos autos constar sub judice, bem como o contido nas decisões em ATA da Comissão, despachos do Secretário e nas publicações, sem dizer das petições de caráter protelatório do Consórcio WALKS, estranhamente a Auditoria não captura esse espírito e assim se manifesta:

Destaca-se que o Consórcio WALKS interpôs recurso contra a decisão que habilitou o Consórcio FM Rodrigues/CLD, alertando para o fato de que este último apresentou uma atualização incompleta. Porém, a CEL refutou o recurso, por meio da Ata da Reunião de 26/02/2018, afirmando, em relação ao Consórcio FM Rodrigues/CLD, que todos os documentos de habilitação, conforme dispõe a lei e o Edital, foram exigidos com validade para a data de apresentação da proposta. Ainda, por diligência, a Comissão pediu a atualização das certidões, o que foi, plenamente, atendido, (...) _.

Importante esclarecer que a minuta de contrato a PPP também dispõe sobre a **Garantia de Execução Contratual**, onde constam estabelecidos outras exigências mais rigorosas, dirigidas ao fiel cumprimento da contratação.

1 CAPÍTULO XI - DAS GARANTIAS E SEGUROS

2 CLÁUSULA 27ª - DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO PELA CONCESSIONÁRIA

27.1. Para o fiel cumprimento das obrigações assumidas, a CONCESSIONÁRIA manterá a GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO prestada como condição precedente para a assinatura deste CONTRATO, no montante inicial de R\$ [ð] [(ð)], correspondente a 5% (cinco por cento) do VALOR DO CONTRATO, observada a seguinte dinâmica de liberação ao longo da vigência contratual:

a) liberação de 20% (vinte por cento) do montante original da GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO após a conclusão da modernização integral da REDE MUNICIPAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, devidamente atestada pelo PODER CONCEDENTE; e

b) liberação sucessiva de 10% (dez por cento) do valor remanescente da GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO a cada intervalo de 03 (três) anos, desde que alcançada, pela CONCESSIONÁRIA, nota nunca inferior a 0,9000 (nove décimos) do FATOR DE DISPONIBILIDADE e de 0,8000 (oito décimos) do FATOR DE DESEMPENHO, no mesmo período.

27.1.1 Observada a sistemática definida na subcláusula anterior, o saldo final remanescente da GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO nunca poderá ser inferior a 30% (trinta), até o fim da CONCESSÃO.

Tanto é diferente que a atual garantia de execução possui importante reforço com respeito aos valores de cobertura, conforme consta na apólice copiada.

FINLÂNDIA CORRETORA DE SEGUROS LTDA		CPF OU CNPJ: 10.554.690/0001-80		SUSEP:1005
LIMITE MÁXIMO DE GARANTIA / MODALIDADE				
MÁXIMO DE GARANTIA (LMG): R\$ 346.842.000,00 - Trezentos e Quarenta e Seis Milhões Oitocentos e Quarenta e Dois Mil Reais				
DE: Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços				
O máximo de garantia é o valor máximo que a seguradora se responsabilizará perante o segurado em função do pagamento de indenização.				
OBJETO DA GARANTIA				
O garante a indenização, até o valor da garantia fixado na apólice, pelos prejuízos causados pelo Tomador ao Segurado, em razão de inadimplemento decorrente da Concorrência 01/SES/2015, que tem por objeto parceria público privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para modernização, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura de rede de iluminação pública do município de São Paulo, conforme Contrato número 27/MSO/17.				
COBERTURAS CONTRATADAS				
Fornecimento ou Prestação de Serviços		IMPORTÂNCIA SEGUADA	PRÊMIO LÍQUIDO	INÍCIO DE VIGÊNCIA
franquia e nenhuma das coberturas contratadas por esta Apólice.		R\$ 346.842.000,00	R\$ 1.782.000,00	07/03/2018
DADOS DO PRÊMIO DE SEGURO				
FORMA DE PAGAMENTO - BOLETO				
SEGURO	RS	1.782.000,00	Parcela	Valor
Prêmio	RS	0.00	1	R\$ 222.750,00
Encargamento	RS	0.00	2	R\$ 222.750,00
				Vencimento
				10/05/2018

Como se verifica, a auditoria procedeu uma longa e detalhada comparação com base em comunicado **corrigido posteriormente**. Procedendo dessa forma emite interpretação totalmente descabida e até mesmo direcionada.

Ressalte-se a equipe de Auditoria, simplesmente não observou, ignorando não EXAMINANDO de forma completa a Fase licitatória. Tanto que desconsidera ou ignora o contido na própria ATA de Abertura dos envelopes de habilitação; onde consta consignado expressamente pelo advogado do Consórcio WALKS, os documentos em desacordo com o comunicado serem desconsiderados, por excederem à requisição do Comunicado, inclusive sequer deveriam ter juntados no processo - página 3 da Ata abaixo trasladada.

PREFEITURA DE SÃO PAULO SERVIÇOS Folha de Informação nº 12.439 do Processo Administrativo nº 2015-0.097.424-9 em 26/02/18 Assessoria Jurídica RF: 636.532-3 SMSO-02 ATA DA REUNIÃO DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO - ANÁLISE RECURSO E CONTRARRAZÕES Aos 26 dias do mês de fevereiro de dois mil e dezoito, às 14h00, na Sala de Reunião da Secretaria Municipal de Serviços e Obras - SMSO -, reuniram-se os membros da Comissão Especial de Licitação - CEL -, instituída pela Portaria nº 19/SMSO/17, para analisar o recurso interposto pelo Consórcio Walks contra decisão que habilitou o CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD e correspondentes contrarrazões. Preliminarmente, a CEL há de deixar consignar que o Consórcio Recorrente defende uma tese buscando sua vitimização na disputa, na tentativa de desviar o verdadeiro foco da decisão: confirmação de exclusão por inidoneidade. Contudo, o longo período do curso licitatório demonstra os inúmeros questionamentos e tumultos processuais lançados por todos os participantes. Apesar de permanecer íntegra sua exclusão, confirmada na etapa de habilitação bem como sua inabilitação pelo não atendimento do Edital com relação à aplicação de segurança-garantia, o que autorizaria o não conhecimento do recurso, a Comissão entende que o recurso traz matéria relativa a condições de participação de uma das empresas do CONSÓRCIO FM/CLD, cuja análise é imperativa por constituir-se em matéria de ordem pública. Diante das alegações aduzidas quanto à empresa Consel del Construtora e Leste Detetores e Eletrônica Ltda., a Comissão procedeu diligência nos autos judiciais nº 0018000-98.8.26.0302. Consta nesses autos, no 3º volume, certidão de que a empresa Consel del não foi citada até a data de 10 de Outubro de 2017. Consta, também, em 25 de Janeiro de 2018, expedição de carta precatória, com a finalidade de citação dessa empresa. Realizada a diligência, a mesma mostra existir a ação de improbidade, contudo, a polo passivo não se encontra formado. A mencionada empresa, Consel del, não exerceu seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa. Consta despacho do JM Juiz afastando absolvição liminar sob a premissa de que cabe ao Ministério Público provar o alegado na inicial no curso do processo. Tudo isso mostra que as alegações trazidas pelo recorrente padecem do atributo da segurança jurídica, conferido ao ato jurídico perfeito ou às sentenças de mérito estáveis. Conforme nos ensina LUIS ROBERTO BARRIOSO, a segurança jurídica "vincula valores e bens jurídicos que não se cogem na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas; acabam em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações	PREFEITURA DE SÃO PAULO SERVIÇOS Folha de Informação nº 12.440 do Processo Administrativo nº 2015-0.097.424-9 em 26/02/18 Assessoria Jurídica RF: 636.532-3 SMSO-02 constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controversas" (cf., Temas de Direito Constitucional, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.49). Diante das notícias constantes e certificadas nos autos judiciais, verifica-se inexistir ato jurídico perfeito, decisão ou sentença que goze do atributo da segurança jurídica. Logo, as afirmações constituem-se em anúncio prematuro de indícios que, por si só, são insuficientes para modificar o julgamento das condições de participação e da habilitação. Sem a existência de atributos que conferem estabilidade aos atos administrativos e judiciais sequer se pode considerar as alegações do Recorrente. Quanto aos demais temas alegados, temos: i) DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO: Preliminarmente, o Recorrente ataca de forma genérica, contundente, repreensível e imprudentemente, lançando mão do alegado "flagrante direcionamento da licitação", no sentido de excluí-lo do certame a qualquer custo, para beneficiar o Consórcio FM Rodrigues/CLD. O mesmo não se afigura, pois inexistente licitação dirigida, sem a respectiva demonstração do item do Edital a que se refere. A discussão, sobre os itens do instrumento convocatório, está preclusa, pela satisfação das recomendações do Egrégio Tribunal Contas do Município de São Paulo, que por ocasião da liberação definitiva do Edital bem como pela declaração do Recorrente de que concorda com os termos do Edital: "A PropONENTE declara expressamente que tem pleno conhecimento dos termos do Edital em referência e que os aceita integralmente..." (constante no item 2 da Carta de Apresentação dos Documentos de Habilitação, nas folhas 11.632 do Processo Licitatório); ii) FALTA DE REGULARIDADE JURÍDICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA: Após se utilizar de toda adjetivação pejorativa perante os atos praticados pela CEL, ingressa na impugnação dos documentos apresentados pelo Consórcio FM Rodrigues/CLD, alegando que além de apresentar Proposta Comercial que não atende às exigências do Edital também não cumpre com as normas editalícias, no que tange à regularidade jurídica e à regularidade econômico-financeira. A Comissão repete os argumentos da recorrente; pois, todos os documentos de habilitação, conforme dispõe a lei e o Edital, foram exigidos com validade para a data de apresentação da proposta. Ainda, por diligência, a Comissão pediu a atualização das certidões, o que foi, plenamente, atendido; iii) INEXISTÊNCIA DE FASE DE NEGOCIAÇÃO NO EDITAL: não obstante não constar expressamente do Edital qualquer dispositivo tratando de negociação com o vencedor, essa prática em favor do Erário é sempre possível, de acordo com os princípios da economicidade e da eficiência, elevados ao nível constitucional.
PREFEITURA DE SÃO PAULO SERVIÇOS Folha de Informação nº 12.441 do Processo Administrativo nº 2015-0.097.424-9 em 26/02/18 Assessoria Jurídica RF: 636.532-3 SMSO-02 Acrescente-se a isso o fato de o Egrégio Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em decisão colegiada, determinar: "que fosse promovida a devida atualização financeira prevista na Subcláusula 24.4, alínea "c" da minuta do contrato, contemplando eventuais alterações tecnológicas e de preços, relativamente ao período compreendido entre a apresentação das propostas e a assinatura do contrato, bem como os pontos de iluminação que já foram instalados ou estão em processo de instalação referentes ao Programa "LED NOS BAIRROS", que não eram do conhecimento das licitantes, até a época da apresentação das propostas", anteriormente à assinatura do contrato; iv) No mais, o documento novo, trazido aos autos pelo recorrente, refere-se ao participante (Consórcio Ecobrasilux) já excluído do certame desde 2015; portanto, não merecendo, sequer, ser conhecido por essa CEL. Consta-se que o Recorrente, de fato, tenta insistentemente levar a CEL e julgadores ao erro, em inúmeros momentos. Transcorridas todas as etapas e satisfeitas todas as ordens judiciais, inexistiu medida judicial que dê guarida a seus devaneios e suas agressões vis. Por derradeiro, mas não menos importante, não é demais ressaltar que a Administração Pública é defeso celebrar contrato com pessoas jurídicas inidôneas, assim declaradas na forma de ato jurídico perfeito, em atendimento ao princípio da segurança jurídica. A COMISSÃO DECIDE pela manutenção na íntegra de sua decisão contida às fls. 12.214/12.215, publicada em 09 de fevereiro de 2018, que DECLARA vencedor o CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD, razão pela qual a CEL submete a presente decisão à Autoridade Superior quanto à ratificação do presente e providências pertinentes, quanto ao estabelecido no Item 19.1 do instrumento editalício. DULCE EUGÊNIA DE OLIVEIRA Presidente da Comissão Especial de Licitação JOSE DOMINGOS FRID E FIGUEIREDO Membro	PREFEITURA DE SÃO PAULO SERVIÇOS Folha de Informação nº 12.442 do Processo Administrativo nº 2015-0.097.424-9 em 26/02/18 Assessoria Jurídica RF: 636.532-3 SMSO-02 JOSE THOMAZ MAUGER Membro MICHEL CELIO KANGE Membro LUÍS AUGUSTO PANADES Secretário

A equipe de Auditoria ocupa-se em detalhar em sua análise de documentos SEM observar ou em conferir preceitos, as ATAS da Comissão, e tampouco se ater às disposições do Edital.

A AUDITORIA, no exercício de sua atividade, sequer apontou uma única vez em que o Consorcio WALKS procedeu de forma incompatível com as regras editalícias e tentou induzir a erro os Julgadores, para obter ATO favorável a seus interesses.

<u>Data</u>	<u>Agente</u>	<u>Natureza</u>	<u>Ocorrências</u>
05.07.2017	TCM/SP	Decisão Administrativa	TCM/SP julga a `representação` formulada pelo Consórcio FM Rodrigues / CLD, autorizando a retomada da Licitação (doc. 17)
08.07.2017	Comissão Especial de Licitação - CEL	Decisão Administrativa	CEL decide estender os efeitos da declaração de inidoneidade da Alumini para a Quatro e, consequentemente, decide excluir o Consórcio WALKS da Licitação (doc. 18)
10.07.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Consórcio WALKS impetra mandado de segurança para afastar esse ato coator de lhe excluir da Licitação (autos nº 1030750-13.2017.8.26.0053, 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo) (doc. 19)
11.07.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Proferida decisão liminar em favor do Consórcio WALKS, suspendendo o ato coator e permitindo a sua participação na Licitação (doc. 20)
27.07.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Proferida sentença neste segundo mandado de segurança do Consórcio WALKS extinguindo-o sem julgamento de mérito, por carência superveniente do interesse processual (doc. 21)
31.07.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Consórcio WALKS interpõe recurso de apelação nesse segundo mandado de segurança (doc. 22)
31.07.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Consórcio WALKS apresenta pedido diretamente no Tribunal de Justiça de São Paulo para reativação dos efeitos da decisão liminar até julgamento final do recurso de apelação (autos nº 2145644-47.2017.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público) (doc. 23)
02.08.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Des. Eduardo Gouvêa defere efeito ativo ao recurso de apelação do Consórcio WALKS, modo a inclui-lo na Licitação (doc. 24)
18.08.2017	Comissão Especial de Licitação - CEL	Judiciário	Des. Eduardo Gouvêa não acolhe pedido de reconsideração apresentado pelo Município para indeferir efeito ativo ao recurso de apelação. Decisão de incluir Consórcio WALKS Licitação permanece intacta (doc. 25)
11.09.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Certificado o trânsito em julgado da decisão do Desembargador Eduardo Gouvêa. Autos remetidos para o arquivo (doc. 26)
19.09.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Recurso de apelação no mandado de segurança nº 1030750-13.2017.8.26.0053 chega ao Tribunal de Justiça. (doc. 27)
30.09.2017	Município	Decisão Administrativa	Autorizada a contratação, sem licitação, para a prestação dos serviços públicos de iluminação, por emergência (doc. 28)
17.10.2017	Ministério Público do Estado de São Paulo	Judiciário	Manifestação do Ministério Público na apelação nº 1030750-13.2017.8.26.0053, opinando pelo provimento do recurso e manutenção do Consórcio WALKS na Licitação (doc. 29)
14.11.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Apelação nº 1030750-13.2017.8.26.0053 incluída na pauta de julgamento do dia 27.11.2017 (doc. 30)
27.11.2017	Consórcio WALKS	Judiciário	Julgamento da apelação nº 1030750-13.2017.8.26.0053, declinando-se a competência para a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (doc. 31)
18.10.2017	Consórcio FM Rodrigues/CLD - Consórcio WALKS	Decisão Administrativa	Secretário de Justiça determinou que se aguardasse a decisão colegiada do Tribunal de Justiça para que fossem adotadas as próximas providências administrativas (doc. 32)
30.11.2017	Consórcio FM Rodrigues/CLD - Consórcio WALKS	Decisão Administrativa	Secretaria Municipal de Justiça determina a retomada da licitação (doc. 33)
08.01.2018	Consórcio FM Rodrigues/CLD - Consórcio WALKS	Decisão Administrativa	Análise formal das apólices/endossos das garantias reajustadas, tendo a CEL considerado que as licitantes atenderam ao requerido na ata de 12.12.2017 (doc. 34)
24.01.2018	Consórcio FM Rodrigues/CLD	Decisão Administrativa	Recurso de F M Rodrigues/CLD pedindo o afastamento do consórcio WALKS, devido à existência de fatos ocorridos desde a apresentação das apólices que aumentam significativamente os riscos de execução da garantia da Proposta; CEL decide deferir o provimento ao recurso para inabilitar o Consórcio WALKS do certame. (doc. 35)
26.01.2018	Consórcio WALKS	Judiciário	MS interposto pelo Consórcio WALKS para que na sessão designada para o dia 29 de janeiro de 2018, às 11 horas, fosse aberto o envelope da Proposta Comercial do Consórcio Walk, no âmbito da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 (autos nº 10001046.2018.8.26.0635, em trâmite perante à 07ª Vara da Fazenda Pública)
28.01.2018	Consórcio WALKS	Judiciário	Concessão da liminar para que o Consórcio fosse mantido no processo licitatório da PPP, dia 29 de janeiro de 2018.

Nada é mais disfuncional do que propor uma inabilitação putativa:

*`Dessa forma, **verifica-se** que a FM Rodrigues/CLD não atualizou toda a documentação de habilitação necessária, devendo, portanto, ser considerada **inabilitada**. _ (negritamos)
Dado o fato de a equipe equivocar-se na utilização de bases para desenvolver o raciocínio da tese acima reproduzida, acaba por emitir conclusão ilegítima do ponto de vista técnico jurídica, motivo pelo qual indicamos a fundamentação adequada para demonstrar a lisura dos atos praticados. _*

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

Em sua resposta, o Ilume afirma que a Controladoria Geral do Município (CGM), por considerar mais prudente à Unidade aguardar o trânsito em julgado do processo judicial, *`coloca o interesse privado acima do interesse público_*. Tal afirmação não procede, visto que, pelo Princípio da Competitividade, quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar a melhor proposta. Caso a Administração Pública analise uma única proposta, ficará restrita a apenas uma oferta, sem a obtenção de outros parâmetros. Enfatiza-se que o interesse público é satisfeito na medida em que a competição acirrada propicia a obtenção da proposta mais vantajosa. Adicionalmente, a competitividade assegura que todos os licitantes sejam beneficiados por idêntica condição.

Outro argumento utilizado pelo Ilume foi a comparação da questão da prisão em 2º Instância com a prudência em se aguardar o trânsito em julgado de um ato administrativo. Verifica-se que tal comparação é desprovida de fundamentação. A CGM possui, como uma de suas funções, a defesa do patrimônio público, sendo que para cumprir esse objetivo, verifica se os procedimentos adotados pelos órgãos municipais de São Paulo estão atendendo, dentre outras coisas, os princípios constitucionais, como a legalidade, a impessoalidade e a moralidade. Nesse sentido, visando ao aumento da competitividade no certame licitatório da PPP e, conseqüentemente, à escolha da melhor proposta para o Poder Público, entende-se que a espera do trânsito em julgado do ato administrativo em questão atenderia ao interesse público.

O Ilume também alegou que a CGM estaria favorecendo o interesse do Consórcio WALKS, *`excluído e inabilitado no processo licitatório por ATO ADMINISTRATIVO LEGÍTIMO E VÁLIDO_*. Porém, conforme exposto acima, esta CGM atua em prol do interesse público, o qual, conforme já exposto, seria atendido caso o Poder Público aguardasse o trânsito em julgado da decisão referente à legalidade da participação do referido Consórcio na licitação.

Cumprimente novamente salientar que, caso a vindoura decisão judiciária final consista na legalidade da participação do Consórcio Walks, haverá um prejuízo à Administração Pública, visto que a proposta do referido Consórcio não foi considerada pela Comissão de Licitação. Adicionalmente, enfatiza-se que, quanto maior a quantidade de licitantes participantes no certame licitatório, maior a probabilidade de o Poder Público selecionar a proposta mais vantajosa.

Outra impropriedade incorrida pelo Ilume em sua resposta está em afirmar que o ato administrativo que excluiu o Consórcio Walks é legítimo e válido. Não obstante os atos administrativos serem dotados de presunção de legitimidade, estão sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional. Portanto, como o ato administrativo em questão

está sendo objeto de discussão no âmbito judicial, não se pode afirmar taxativamente que foi legítimo e eficaz. Comprovada sua ilegalidade, o ato será anulado, provocando, em geral, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagiria à data da prática do ato, fazendo com que sejam fulminados eventuais efeitos que o ato nulo tenha gerado.

Quanto aos efeitos da anulação, importante destacar que o jurista José dos Santos Carvalho Filho, compartilhando do entendimento esposado por Hely Lopes Meirelles, entende que:

‘A anulação tem efeito retroativo, vale dizer, dirige-se também a período pretérito, e a retroatividade alcança o momento em que foi praticado o ato anulado. O efeito, portanto, do ato anulador é `ex tunc`.

Decorre da anulação a circunstância de que devem desfazer-se todos os efeitos provenientes do ato anulado, ensejando o retorno dos integrantes da relação jurídica respectiva ao statu quo ante. Significa que, com a anulação, deve ser restaurada a relação jurídica existente antes de ser praticado o ato ilegal. Ficam a salvo, porém, dos efeitos retroativos da anulação os terceiros de boa-fé, pessoas não participantes diretas da formação do ato inválido.

Por todo o exposto, não prospera a seguinte afirmação do Ilume: *‘Por isso que se afirmar que o ato administrativo mesmo NULO, só pode ser ANULAVEL pelo Poder Judiciário -efeito EX NUNC.*

Outro ponto abordado pelo Ilume em sua resposta refere-se ao Princípio da Supremacia do Interesse Público. Na mesma linha, o doutrinador Hely Lopes Meirelles defende a observância obrigatória do Princípio da Supremacia do Interesse Público na interpretação do direito administrativo. Sustenta que o princípio se manifesta especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os particulares, superioridade essa justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Ou seja, o interesse coletivo, quando conflitante com o interesse do indivíduo, deve prevalecer.

Dessa forma, valendo-se desse princípio, verifica-se que o interesse público consiste em selecionar a melhor proposta no certame licitatório da PPP, alcançável mediante análise do maior número de propostas possível. No caso em análise, como o Ilume excluiu o Consórcio Walks antes do trânsito em julgado da decisão, a Comissão de Licitação teve atuação limitada à análise de uma única proposta, a do Consórcio FM Rodrigues/CLD.

Um ponto apresentado na resposta da Unidade que evidencia sua própria contradição quanto ao assunto, refere-se ao efeito da declaração de inidoneidade. Apesar de afirmarem com veemência que adotam o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), qual seja, o de que a declaração de inidoneidade só produz efeitos *ex nunc* (futuros), não interferindo nos contratos preexistentes e em andamento, a então Secretaria Municipal de Obras, em abril de 2017, rescindiu unilateralmente parte do Contrato nº 66/SES/2011. O referido Contrato foi assinado com o Consórcio SP Luz, formado pelas empresas: FM Rodrigues & Cia Ltda. e Alumini Engenharia S.A., sendo que a rescisão se deu apenas com esta última (declarada inidônea pela CGU), sob a alegação, dentre outros motivos, da flexibilização dos efeitos *ex nunc* para fins de evitar o colapso nos serviços públicos. Destaca-se que este posicionamento encontra-se no Processo nº 2011-0.186.053-3, fl. 8013.

Adicionalmente, observa-se nas fls. 7956 a 7958, do Processo nº 2011-0.186.053-3, resposta da Procuradoria Geral do Município a consulta formulada pelo Ilume, na qual informa que a pena de declaração de inidoneidade da empresa Alumini Engenharia S/A implica na rescisão dos contratos

que a empresa porventura detenha com o Município, após dada oportunidade de contraditório, ainda que a penalidade tenha sido aplicada pela União. Tal informação está baseada na Lei nº 13.278/02, que disciplina as licitações e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo, e dispõe, no parágrafo único do art. 29:

`Art. 29 (...)

Parágrafo Único. Também implicará a rescisão unilateral do contrato a aplicação ao contratado da pena de declaração de inidoneidade ou a suspensão temporária para licitar e contratar com a Administração Pública, ainda que em decorrência de falta cometida em outro procedimento administrativo. _

Tal entendimento é reforçado em momento posterior, em 12 de abril de 2017, quando o então Procurador Geral do Município de São Paulo emitiu um documento referente à análise de recurso hierárquico, interposto pela empresa Alumini Engenharia S/A. No documento, contido no Processo nº 2011-0.186.053-3, Volume 25, fl. 8866, o Procurador conclui: *`Portanto, quanto à rescisão do contrato como decorrência da declaração da inidoneidade da recorrente não há que se falar em qualquer ilegalidade ou razão para reforma da decisão. _*

Portanto, consoante prática efetivamente adotada pela SMSO em caso similar e pareceres da PGM apresentados, é plenamente possível que, caso um dos integrantes do Consórcio vencedor torne-se inidôneo nos próximos 20 anos, o Ilume rescinda unilateralmente parte do contrato, assinado com a empresa declarada inidônea. Daí a importância em se incluir um dispositivo na Garantia de Execução, abrangendo o risco exposto.

Quanto à convocação para atualização dos documentos do envelope 3 - Habilitação, devida pelo prazo decorrido desde a primeira entrega dos envelopes contendo tal documentação, cumpre a esta equipe de auditoria acatar parcialmente a justificativa apresentada.

Apesar de a Presidente da Comissão de Licitação (CEL) ter emitido, originalmente, um comunicado de convocação para atualização, de forma ampla, dos documentos do envelope 3 - Habilitação, verifica-se que, conforme apresentado na presente justificativa, de fato, em 30 de janeiro de 2018, a Comissão emitiu um novo comunicado requisitando apenas a atualização dos documentos de habilitação constantes do item 15.3.1 - letras `a\_ e `b_ e item 15.4.1, do Edital da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015. Tais documentos estão transcritos abaixo:

`15.3.1. Os LICITANTES e cada um dos integrantes do CONSÓRCIO, conforme aplicável, deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de qualificação econômico-financeira: a) para qualquer tipo de sociedade empresária: certidão negativa de pedido de falência e recuperação judicial, expedida pelo Distribuidor Judicial da Comarca (Varas Cíveis) da cidade onde a empresa for sediada, com data de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à data da sessão pública de abertura dos envelopes. Em havendo qualquer ação judicial distribuída, deverá ser juntada a certidão de objeto e pé, que aponte a situação do processo atualizado para 90 (noventa) dias antes da data da referida sessão pública de abertura dos envelopes; b) para os demais LICITANTES: certidão expedida pelo Distribuidor Judicial das Varas Cíveis em geral (Execução Patrimonial) da Comarca onde a empresa está sediada, datada de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à data da sessão pública de abertura dos envelopes. Em havendo qualquer ação judicial distribuída, deverá ser juntada a certidão de objeto e pé atualizada, que aponte a situação do processo atualizado para 90 (noventa) dias antes da data da referida sessão pública de abertura dos envelopes.

15.4.1. Os LICITANTES e cada um dos integrantes do CONSÓRCIO deverão apresentar os seguintes documentos para comprovação de regularidade fiscal e trabalhista. _.

Não obstante tal comunicado, emitido pela CEL em 30 de janeiro de 2018, não constar nos Processos nºs 2018-0.018.529-0 ou 2015-0.097.424-9, os quais foram disponibilizados em mídia digital pelo Ilume para esta Controladoria, resta elidida a falha inerente à falta de autorização formal da CEL para a atualização, apenas parcial, da documentação habilitatória do Consórcio FM Rodrigues/CLD.

Todavia, não obstante o Consórcio supra ter apresentado os documentos solicitados (mediante o segundo Comunicado) atualizados, entende-se que a conduta da Comissão de Licitação em solicitar a atualização apenas de alguns documentos de habilitação, configura imperícia, visto que a documentação relacionada à habilitação jurídica, assim como alguns documentos da qualificação técnica e outros da qualificação econômico-financeira constantes do Edital, cuja atualização não foi requerida, são de extrema importância.

Conforme apresentado na constatação em tela, a falta de atualização do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do Consórcio FM Rodrigues/CLD, mantendo-se, como referência, o balanço encerrado em 31 de dezembro de 2014 e respectivas demonstrações, impede que a documentação reflita a real condição econômico-financeira do competidor, dada a defasagem.

Não se trata de uma mera exigência formal, mas sim da necessidade quanto à apresentação de documento essencial para a habilitação de quem pretende contratar com o Estado, que, em atendimento aos princípios da administração pública, deve precaver-se diante de riscos desnecessários.

Outros documentos de extrema importância constantes no Edital e que não foram objeto de solicitação de atualização, consistem em registros no CREA das empresas participantes do Consórcio FM Rodrigues / CLD e de seus respectivos profissionais, os quais se encontram vencidos e desatualizados. Tal situação aumenta os riscos incorridos pelo Poder Público, na medida em que o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) atua no sentido de assegurar ao cidadão que os serviços, por ele contratados, possuam um responsável técnico.

Adicionalmente, a fiscalização da Instituição abarca a exigência da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) dos profissionais, documento que forma o acervo de cada profissional e garante à sociedade, a legalidade daquele que executa o serviço. Como os registros no CREA das empresas e de seus profissionais, de posse do Ilume, estão defasados, inexistirá profissional técnico que possa ser responsabilizado por um eventual problema técnico na execução do serviço contratado.

Por todo o exposto, conclui-se que houve inconsistências na conduta da CEL quanto à avaliação dos documentos de habilitação do Consórcio FM Rodrigues / CLD, restando desatualizados comprovantes de extrema importância para a própria segurança dos contratos vindouros, bem como rigidez desarrazoada e incompatível com a própria conduta histórica da Pasta no tocante à avaliação da garantia do Consórcio Walks, a qual levou, inclusive, a sua inabilitação.

CONSTATAÇÃO 005 - Fragilidades na Composição do Plano de Negócios Referencial.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo, apontou que:

“Não restaram justificados tecnicamente o Valor Estimado do Contrato (...) e a elevação do valor da Contraprestação Mensal Máxima de R\$ 25.416.667,00 para R\$ 30.550.000,00, todos alterados em relação às disposições constantes da Minuta de Edital publicada em outubro/2014, que serviu de base para a Consulta Pública e para as Audiências Públicas realizadas.”

Seguindo a constatação apresentada pelo TCM-SP, considera-se que a justificativa técnica para o Valor Estimado do Contrato foi frágil, posto que, embora a Unidade tenha justificado que foi baseado em 10 estudos realizados mediante o Chamamento Público nº 01/SES/2013, na prática, ele foi baseado somente em parte desses estudos, visto que nem todos apresentaram elementos aproveitáveis.

Verificou-se também que a justificativa para adoção dos valores referenciais da contratação foi baseada basicamente no grau de detalhamento apresentado, sem maiores considerações técnicas. Por exemplo, tomando como referência a parcela mais significativa da contraprestação, que é aquela referente à modernização das instalações públicas de iluminação, somente cinco dos dez estudos chegaram a um valor unitário objetivo.

Estudo	Preço unitário médio para modernização dos pontos de iluminação pública* existentes
AES Philips	R\$ 2.587,64
Pri Engenharia Brookfield	R\$ 1.241,78
GE Citeluz Engeform	R\$ 1.250,00
Alusa Ampla FM Rodrigues	R\$ 1.726,00
CPFL	Não identificado.
BM6 LCF Trail Celena Spred Engelagos Medral	Não identificado.
PEDACE	R\$ 1.900,00
Kirchner	Não identificado.
KPMG	Não identificado.
Unicoba	Não identificado.
Eleto Fase	Não identificado.

Estudo	Preço unitário médio para modernização dos pontos de iluminação pública* existentes adotado como referência
Plano de Negócios Referencial	R\$ 1.241,78 (ano 1)
	R\$ 1.216,95 (ano 2) ⁶
	R\$ 1.192,61 (ano 3)
	R\$ 1.168,76 (ano 4)
	R\$ 1.145,38 (ano 5)
Pontos de iluminação pública* (IPs): conjunto formado por LUMINÁRIA e acessórios indispensáveis ao respectivo funcionamento e sustentação, podendo também ser identificado como ponto luminoso ou ponto de luz (Fonte: Edital da Concorrência Internacional Nº 01/SES/2015).	

Outro ponto relevante é fato de que, embora tenha sido computado, no valor da contraprestação, o reinvestimento em luminárias a partir do 13º ano, não há nenhuma referência no edital, com exceção da previsão de valores para reinvestimento no Plano de Negócios, quanto à obrigação da

⁶ Redução anual proposta pelo BID.

concessionária em realizar tal ação. Também não há nenhuma menção no caderno de encargos, no contrato ou demais elementos do edital.

Cabe ressaltar que o Plano de Negócios não vincularia a concessionária, a qual poderia instalar lâmpadas com vida útil superior a 20 anos, sem precisar necessariamente reinvestir durante o período da Concessão, gerando riscos futuros para a Administração de gerenciamento de uma infraestrutura obsoleta.

Ainda sobre o reinvestimento, não há razoabilidade em prever substituição com 12 anos de uso para luminárias cuja vida útil é de 20 anos. Há conflito entre a tecnologia de LED escolhida e vida útil utilizada no Plano de Negócios da PPP, levando a possível sobrepreço de R\$ 590.900.000,00, conforme detalhes a seguir.

Pontua-se que as luminárias LED foram baseadas no estudo do Consórcio Sistema Pri/Brookfield. Trata-se de luminárias NXT da Led Roadway Lighting, cuja vida útil é de 20 anos:

‘A série NXT é verdadeiramente um produto único, tendo sido projetado com os mesmos princípios utilizados em satélites de comunicações, atualmente em órbita da Terra. Satélites no espaço são projetados para operar por muitos anos sem manutenção; nossa série LED NXT foi fabricada com a mesma tecnologia para oferecer a nossos clientes produtos que não necessitam de manutenção por 20 anos. _ (Estudo Consórcio Sistema Pri/Brookfield, página 20)

Apesar de as luminárias consideradas terem vida útil de 20 anos e não haver previsão de reinvestimento a partir do 12º ano no estudo do Consórcio Sistema Pri/Brookfield, foi incluído pela Ilume item referente ao Reinvestimento em luminárias a partir do 12º ano, no valor de R\$ 590.900.000,00, para substituição de todas as luminárias de LED instaladas nos primeiros anos da concessão:

‘Ao que se vê do quadro acima, é possível constatar que a vida útil total indicada nos estudos do Chamamento Público varia entre 10 até 22 anos e 10 meses, aproximadamente. Sob esse contexto, e levando-se também em conta o fato de o próprio Ilume utilizar, nas suas homologações e aquisições de luminárias de LED, o requisito de 50.000 horas de duração, mostrou-se adequada a previsão de 12 anos como premissa de durabilidade dos equipamentos, daí se admitindo os reinvestimentos na rede a partir do 13º ano da concessão. _ (Processo 2015-0.097.424-9, Volume 11, páginas 3933 e 3934)

Outro ponto importante a ser destacado, constante no Relatório de Inspeção do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, datado de 22/03/2018, referente à Ordem de Serviço nº 2018.11166.2, é a existência de um possível sobrepreço nos custos unitários dos pontos de iluminação pública (IPs), os quais representam 73% de todo o CAPEX (*Capital Expenditure*), consistindo, portanto, no componente mais significativo dos custos na PPP.

O relatório expõe que o custo da lâmpada LED do Consórcio FM Rodrigues/CLD é inferior à cotação do Ilume; todavia, o custo do ponto IP da proposta do Consórcio está, aproximadamente, 21% superior ao adotado no Plano de Negócios de Referência, ou seja, R\$ 1.577,43 contra R\$ 1.305,36 (data-base de 01/2016). Essa diferença a maior decorre da discrepância entre os custos dos materiais complementares e da mão-de-obra, os quais foram quase dez vezes superiores ao previstos no Plano de Referência.

Dessa forma, é possível que a CEL não tenha analisado adequadamente a composição de custos da proposta do Consórcio vencedor, na medida em que observou apenas o valor global da proposta e o preço da lâmpada LED, sem se ater ao valor de mercado dos outros componentes do custo do ponto IP. Nesse contexto, a Prefeitura só poderia demandar o reequilíbrio econômico-financeiro sob o argumento do custo do LED.

Portanto, resta configurada a fragilidade na elaboração do Plano de Negócios Referencial, uma vez que há falhas na avaliação dos custos das luminárias, por desconsiderarem aspectos técnicos relevantes e não adotarem os valores mais vantajosos como referência, resultando em prejuízo potencial de R\$ 590.900.000,00, adicionalmente houve omissão na avaliação de componentes relevantes do custo do ponto IP, os quais representam 73% de todo o CAPEX, bem como não há previsão normativa que garanta, efetivamente, o reinvestimento, porte da Concessionária, nas luminárias a partir do 13º ano.

MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE: Por meio do Processo SEI nº 6022.2018/0002109-3, a Secretaria Municipal de Prefeituras Regionais apresentou a seguinte manifestação:

*“Toda análise empreendida pela Auditoria com respeito a este item, está calcada em matéria analisada e julgada pelo Tribunal de Contas, estando abarcada pela preclusão **ENDOPROCESSUAL**”.*

Mas não é só.

A citação do apontamento do Egrégio TCMSP, mencionada para subsidiar a precária alegação de fragilidade nas justificativas para o Valor Estimado do Contrato, está relacionada à PRIMEIRA publicação do Edital, quando interrompido o procedimento licitatório para análise de seus termos, vinculada a diferença no valor da Contraprestação Mensal em relação ao proposto inicialmente em Consulta Pública e Audiências Públicas.

Cita ainda preços pontuais extraídos das justificativas apresentadas pela origem à Corte de Contas, questionando a forma da coleta de preços, bem como os parâmetros adotados na composição do Plano de Negócios de Referência anexo ao Edital.

Todavia, vulnerabiliza irremediavelmente o conteúdo técnico por utilizar apenas parcialmente elementos dos esclarecimentos apresentados à época, por sinal, amplamente discutidos e formalmente compreendidos e acatados pelos nobres Conselheiros em Sessões Plenárias do Tribunal de Contas para autorizar o prosseguimento do certame licitatório da PPP.

Reproduz preços de luminárias, minimiza a importância dos Estudos apresentados ao Chamamento Público nº 01/SES/13, sem considerar a completude dos esclarecimentos significativos do Ofício nº 476/SES-G/2015 de 11 de setembro de 2015, que sanaram dúvidas conceituais sobre modelo de contratação por PPP, cuja estruturação de projeto e orçamentos difere intrinsecamente da forma estatuída pela Lei 8.666/93.

Nesses esclarecimentos consta detalhada a sistemática por meio da qual foram colhidos os insumos técnicos e financeiros juntos a diversos agentes do mercado para a construção do projeto - via o denominado “procedimento de manifestação de interesses” (ou PMI) - com os fundamentos teóricos e legais que o amparam. Reiterada a lógica que informa a estruturação das parcerias público-privadas no Brasil, em que se permite a utilização de elementos de projeto básico para a orçamentação do empreendimento e para a construção das referências de preço, com fórmulas

⁷ Vide em **BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE NA PPP**

Todo processo faz coisa julgada formal, que significa a imutabilidade da decisão dentro de um processo específico, quer por que não é cabível mais nenhum recurso, quer por que os prazos para interposição se esgotaram. Ele atua dentro daquele que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser em outro discutido, tratando-se, portanto, de uma preclusão endoprocessual.

expeditas e paramétricas, para o atendimento dos resultados estabelecidos pelo Poder Público e que hão de pautar os pagamentos ao Parceiro Privado.

O PMI é um dos principais instrumentos estabelecidos na legislação nacional para a estruturação de projetos de infraestrutura no Brasil, sendo utilizado em todos os níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com regramento específico do Município de São Paulo que regula o instituto e dispõe ritos para registro, avaliação, seleção e aprovação de projetos básicos, projetos executivos, estudos de viabilidade de empreendimentos, investigações, levantamentos e demais elementos previstos no artigo 21 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, relacionados a projetos de parceria público-privada, concessão comum de obras e de serviços públicos e permissão de serviços públicos.

*O foco das contratações realizadas com amparo na Lei Federal nº 11.079/04 está centrado no **`o quê fazer`**, e não no **`em como fazer`**, ganhando singular valor a **priorização dos resultados** (metas de desempenho) e a indicação de **patamares mínimos de referência** do projeto, em detrimento da discriminação pormenorizada de quantitativos e o detalhamento extenuante de plantas, croquis, projetos e tabelas – itens demandados, por exemplo, para as obras a que se refere a Lei Federal nº 8.666/93.*

Permite-se ao Agente Privado certa liberdade na modelagem de seu Plano de Negócios para MAXIMIZAR o aspecto econômico, na medida em que lhe é possibilitado CRIAR, aplicar soluções de inovação e novas tecnologias na área, planejar o uso dos insumos, melhorar a operação, pensar na logística e alternativas de forma integrada para a concessão.

Assim é que o modelo PPP viabiliza, e até mesmo FOMENTA a concreta busca pela eficiência, sem se afastar do objetivo da prestação de serviços de qualidade, assegurando a observância das diretrizes mínimas fixadas contratualmente, definidos após amplo debate.

*Exatamente por essa razão, ao invés de vinculantes, os números contidos em grande parte dos levantamentos, estudos, anexos e projeções que integram o instrumento convocatório da respectiva licitação na PPP têm **natureza meramente referencial**.*

*Ademais, a própria legislação, ao invés de se referir a projetos de engenharia, admitiu que os **estudos utilizados nas PPPs apresentassem nível de detalhamento de anteprojeto** e, mais, permitiu que os preços de referência da licitação fossem calculados com base em sistemas de custos que utilizassem como insumos valores de mercado (coletados por meio do PMI), tendo por base o **custo global**, aferido mediante orçamento sintético, por meio de **metodologia expedita ou paramétrica**, conforme dispõe o art. 10, § 4º, da Lei Federal nº 11.079/04:*

*§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter **nível de detalhamento de anteprojeto**, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o **custo global** de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, **mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica**. _*

Tal sistemática não implica, de forma alguma, em negligência nos esforços para a concepção de um projeto de PPP. Ao contrário, significa ampliar as possibilidades dada a natureza de um empreendimento com complexidade intrínseca e múltiplas abordagens admitidas para execução.

*Em outras palavras, a solução referencial é tida como uma fotografia dentre as possíveis. Uma **`fórmula`** que identifica um projeto, sem a pretensão de exaurir todas as variáveis criadas pela expertise da iniciativa de PPP (o que fica ainda mais evidente quando é utilizado o PMI, com as proposições distintas que ele permite gerar).*

*Consequentemente, o gestor público deve assumir uma postura diferenciada na montagem e correspondente a análise dos insumos que compõem o projeto que ele deseja implementar. O enfoque da CONCESSÃO é a busca por **resultados, haja vista os requisitos e referenciais mínimos**.*

*De outra parte, não se afasta completamente da verificação dos custos e demais componentes financeiros. Esses são avaliados em consonância com as **balizas fixadas na matriz de riscos**, e compatibilizadas com as referências de mercado (como aquelas colhidas no procedimento de manifestação de interesse) - nos exatos termos em que define o art. 10, § 4º, da Lei Federal nº 11.079/04.*

Impende salientar que a Administração está contratando `serviços com MELHOR qualidade_, e não, os MESMOS SERVIÇOS anteriormente prestados sob regime da lei 8666/93.

A concessão administrativa para infraestrutura de iluminação pública da Cidade de São Paulo não se compatibiliza com projetos de engenharia típicos da Lei de Licitações, elaborados a partir de uma visão burocrática do órgão, FIXA e fechada a respeito da prestação de serviços integral pela qual toda a operação - as rotinas, os insumos, a logística, o almoxarifado, - enfim toda estrutura de custos e investimentos.

O projeto da PPP de iluminação constitui-se no RESULTADO da união de esforços das diversas expertises na área de Iluminação Pública. Tal resultado decorre de análise crítica e sistemática de pontos essenciais, cujas bases foram ratificadas pela assessoria dos consultores disponibilizados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que avaliaram e cancelaram as premissas e os números incorporados ao edital da PPP. O mesmo raciocínio aplica-se à construção do Caderno de Encargos da Concessionária, anexo da minuta do contrato que contém as principais características técnicas e os requisitos mínimos a serem observados pela futura concessionária.

Na sequência, o relatório aborda fontes e os valores de referência adotados na montagem da PPP da iluminação pública de São Paulo, relativamente aos investimentos fixos, aos investimentos variáveis, às despesas e aos custos que compuseram o Plano de Negócios de Referência disponibilizado junto ao Edital, permitindo identificar as premissas e os elementos do modelo econômico-financeiro do projeto, cruzando-os com os insumos colhidos no PMI.

Neste ponto a análise de Auditoria comete outra impropriedade, ao tentar demonstrar conhecimento técnico, aparentemente sem domínio suficiente, lança comentários a respeito de uma luminária LED específica, apresentada em um dos Estudos, deduzindo como incorreta a definição do segundo ciclo de troca no processo de modernização a partir do 13º ano, indevidamente concluindo haver um possível sobrepreço, inexistente.

A simples leitura dos esclarecimentos prestados à época permitiria identificar a metodologia para a definição de parâmetros adotados na PPP, cuja coleta de preços se identifica como referencial e independente, inclusive validada por parte dos consultores do BID.

Em verdade, a parametrização técnica não pode se valer apenas de uma referência, como, por exemplo a vida-útil da luminária LED. Os Estudos demonstraram que essa premissa para o LED não era absolutamente confiável, tendo em vista que esta referenciada em ensaios laboratoriais, na observância do comportamento da tecnologia por período de cerca de 9(nove) meses. A partir daí, projeta-se a possibilidade da vida útil atingir 100 mil horas, sendo certo que essa tecnologia não ingressou no mercado em tempo compatível com essa informação.

Desta feita, para um projeto desta magnitude, devendo-se ponderar uma média aceitável das opções disponíveis no mercado como corretamente procedeu a equipe que atuou na construção do projeto desta PPP.

Por outro lado, sempre que possível, as melhoras práticas indicam que se deve adotar o menor valor compatível com o insumo.

Vale lembrar que o LED se encontrava em curva descendente de custos, motivo pelo qual constar projeções anuais de redução de custos deste insumo no próprio Plano de Negócio de referência.

*Segundo especialistas em PPP, como Maurício Portugal Ribeiro em `Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos\_, `a melhor estratégia para aumentar a possibilidade do parceiro privado produzir ganhos de eficiência, e para proteger o Poder Público de riscos atinentes ao projeto, é trabalhar com projetos meramente indicativos, **transferindo tanto quanto possível o risco de projeto para o parceiro privado**_. Seguindo-se essa recomendação de*

transferência para o parceiro privado dos riscos de projeto e definindo-se os projetos disponibilizados pelo Poder Público como meramente indicativos, a escolha entre maior ou menor detalhamento de projeto [...] terá impacto reduzido, isto é, uma vez que o risco do projeto está claramente transferido para o parceiro privado, o maior ou menor detalhamento do projeto será apenas uma questão de conforto do Poder Público com as informações que entende necessárias para a adequada estruturação da concessão comum ou PPP.

Esta premissa foi a adotada nesta PPP, onde a matriz de riscos define e delega os custos dos materiais(insumos) ao Parceiro Privado na cláusula 11.2 da Minuta de Contrato anexa ao Edital. Assim pouco importa se todos os custos foram explicitados.

Assim, como em qualquer outra PPP, cabe ao licitante identificar, avaliar e projetar os custos indiretos destes riscos e das demais obrigações complementares para que integrem a proposta da Contraprestação Mensal, sem qualquer prejuízo ao Poder Concedente, sendo certo que não resultaram em motivações futuras de reequilíbrio econômico-financeiro, consoante estabelecido na citada Minuta de Contrato.

Como se vê, a Comissão instituída pela Portaria Nº 006/SMSO-G/2018, para a avaliação e adequação dos valores a serem praticados no âmbito do futuro contrato de Concessão da Concorrência Internacional 01/SES/15, procedeu em conformidade com os termos do Edital e da legislação, ao verificar e propor ajustes pontuais no Plano de Negócios do consórcio vencedor do certame.

Ressalte-se que a análise específica sobre o preço considerado para a luminária LED, visou afastar questões relativas ao sobrepreços, decorrentes de questionamentos anteriores do E. TCMSP, tendo em vista o interregno desde a entrega das propostas, em função da curva decrescente dos custos deste equipamento no mercado.

Entretanto, para fins de resguardo do erário, a questão não produz qualquer eficácia na medida em que a mecânica adotada de SPE permite a verificação das escriturações contábeis de forma clara. Tudo fica contabilmente registrado, inclusive ficará o valor efetivamente pago pela luminária LED.

A Energia Elétrica foi o componente de custo que motivou aquela majoração de valores questionada pelo E. TCMSP após a Consulta e Audiências Públicas, em virtude da crise energética naquele período.

Por oportuno, a Unidade registra que a suspensão dos investimentos prejudicou o andamento normal da Concessão, inclusive quanto às adequações que refletirão no Plano de Negócios e Plano de Operação da Rede. Ambos documentos deverão ser reformulados para fins de adequar à etapa de NEGOCIAÇÃO, por meio da qual se estabeleceu a redução do prazo limite para mudança da totalidade das luminárias para LED, bem como a troca de fiação por condutores de alumínio que auxiliará na repressão de esquema criminoso de furtos de fios, permanecendo inalterados demais itens de modernização do Parque de IP.

Demonstra-se, portanto, a adequabilidade dos números, quer quanto ao prazo, quer quanto aos itens de custos adotados, reforçando-se, de outro lado, a juridicidade da estratégia conduzida pelo Poder Público para a coleta dos referenciais dos insumos e para o desenvolvimento dos estudos subjacentes ao projeto - consubstanciada no procedimento de manifestação de interesses.

Restam demonstrados os equívocos do relatório, cujas conclusões estão afetadas pelo exame incompleto de documentos, ausência de fundamentação técnica e extemporânea, ao tratar da composição do Plano de Negócios de Referência e de custos pontuais, bem como por desconsiderar a legislação aplicável na contratação de uma PPP.

PLANO DE PROVIDÊNCIAS

Não informado pela Unidade.

PRAZO DE IMPLEMENTAÇÃO

Não informado pela Unidade.

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

O primeiro fato é que o Plano de Negócios foi composto apenas por parte dos estudos do Chamamento Público nº 01/SES/13, tendo em vista que nem todos tinham elementos aproveitáveis. Como exemplo, mostramos que apenas cinco estudos apresentaram preço de luminária, que é despesa de grande relevância na PPP em exame.

Entre os estudos com partes aproveitáveis, o principal fator para escolha por um ou outro pela Unidade foi o grau de detalhamento apresentado. Foram utilizados essencialmente itens dos estudos do Sistema Pri/Brookfield, Luzes Paulistanas, GE/Citeluz/Engeform e Philips/AES Serviços. Para exemplificar, podemos citar trecho da motivação para os itens veículos e CCO/Call Center:

‘Para estimar os investimentos em veículos na PPP, também foram utilizadas como referência as premissas contidas nos estudos preliminares entregues pelo Consórcio GE/Citeluz/Engeform, devido ao nível de detalhamento e à robustez das informações por ele apresentadas.’ (Processo 2015-0.097.424-9, Volume 11, fl. 3897).

‘Para projetar esses investimentos, foram utilizadas as premissas trazidas nos estudos entregues pelo Consórcio GE/Citeluz/Engeform no que tange à ‘Infraestrutura do Prédio e Mobiliário e Infraestrutura de Operações e Data Center’, que deu o maior detalhamento a esses itens, descrevendo as instalações necessárias para o CCO e a lista quantitativa referencial completa dos equipamentos e materiais nele empregados.’ (Processo 2015-0.097.424-9, Volume 11, fl. 3903).

Sobre esses fatos, a Unidade contesta a análise da equipe de auditoria por julgar que foram utilizados apenas parte de informações; entretanto, em sua manifestação não foram apresentados fatos ou justificativas técnicas para as escolhas. Assim, cumpre reiterar o apontado e esclarecer que a análise da CGM se baseou nos seguintes documentos: Edital; Estudos resultantes do Chamamento Público nº 01/SES/13 publicados em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/obras/ilume/chamamento_publico/index.php?p=159424; e de documentos do Processo nº 2015-0.097.424-9, em especial o Ofício nº 476/SES-G/2015 de 11 de setembro de 2015 e anexo, que se trata de demonstrações da adequabilidade dos números do Plano de Negócios.

Já, com relação ao reinvestimento em luminárias a partir do 13º ano, com custo de R\$ 590.900.000,00, cabe lembrar que a vida útil das luminárias referenciais do Plano de Negócios foi projetada para 20 anos, o mesmo prazo da concessão, sendo que o Edital não torna clara a obrigação dessa substituição.

Apesar de a Unidade ter se manifestado no sentido de existir uma ponderação na média aceitável das opções disponíveis no mercado, e de que as melhores práticas indiquem o dever de adotar o menor valor compatível com o insumo, esta equipe de auditoria entende que, uma vez escolhida uma luminária referencial, não só seu custo para a modernização da iluminação pública, mas também suas características técnicas devem ser levadas em consideração no Plano de Negócios.

Com relação à adoção dos menores valores pesquisados em observância ao princípio da economicidade, entende-se ser compatível com as boas práticas no tocante à definição de preços de referência; todavia, inadequado no que tange aos prazos levantados em relação à vida útil das

lâmpadas LED (insumo luminária referencial), situação se mostra mais eficiente a utilização da média dos estudos. Ademais, considerando a já abordada falta de obrigatoriedade quanto à substituição das luminárias, há o risco de não haver tal substituição durante o período da concessão.

A Secretaria ainda afirma que, na PPP em questão, os custos dos materiais (insumos) foram delegados ao Parceiro Privado, alegando ser pouco relevante se todos os custos foram explicitados. Em relação aos custos indiretos e obrigações complementares, a Unidade argumenta no mesmo sentido, qual seja, o de que a identificação, a avaliação e a projeção de tais custos e obrigações cabem ao licitante. Contudo, visando proteger o erário contra gastos exorbitantes e reduzir os riscos incorridos pelo Poder Público, torna-se essencial a explicitação dos principais custos envolvidos na PPP.

Portanto, a Unidade não apresenta argumentos convincentes comprovando que a delegação dos custos diretos, indiretos e obrigações complementares ao Parceiro Privado, não ocasionará prejuízo ao Poder Concedente.

Ademais, a SMPR ainda afirma que *‘A Energia Elétrica foi o componente de custo que motivou aquela majoração de valores questionada pelo E. TCMSP após a Consulta e Audiências Públicas, em virtude da crise energética naquele período’*. Entretanto, não apresenta dados concretos (quantitativos e qualitativos) que comprovem a variação no custo da energia elétrica e seu respectivo impacto no custo unitário dos pontos de iluminação pública (IPs).

Por todo o exposto, observa-se que a CEL não analisou adequadamente a composição de custos da posposta do Consórcio vencedor, na medida em que observou apenas o valor global da proposta e o preço da lâmpada LED, sem se ater ao valor de mercado dos outros componentes do custo do ponto IP. Nesse contexto, a Prefeitura só poderia demandar o reequilíbrio econômico-financeiro sob o argumento do custo do LED.

ANEXO II - PARTE INTRODUTÓRIA E CONCLUSIVA DA MANIFESTAÇÃO DA UNIDADE AUDITADA

Por meio do SEI nº 6022.2018/0002109-3, adicionalmente às justificativas exaradas no tocante a cada um dos achados da CGM, a SMPR apresentou também argumentos introdutórios e conclusivos sobre a questão, conforme transcrição a seguir e subsequente análise desta Equipe:

INTRODUÇÃO

*Veio o presente a esta **Unidade** para fins de conhecer e apresentar justificativas para os achados contidos no relatório de Auditoria Final.*

*De maneira geral o relatório da Auditoria questiona axiomas do modelo da PPP de Iluminação o que se constitui em Coisa Julgada Material. A partir dessa constatação, resta a impossibilitada da propositura de um **plano de providências** e, por conseguinte, **prazo de implantação**.*

O processo da PPP transcorreu todas as Etapas, conforme fatos ocorridos resumidos abaixo.

*O Chamamento público foi processado no p.a. **nº 2013-0.270.788-0** que precedeu o processo administrativo referente à licitação da PPP da Iluminação Pública.*

*Instaurado a partir do requerimento formal apresentado por GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas Ltda., de autorização para a elaboração de estudos preliminares relacionados ao serviço de iluminação pública do Município de São Paulo, em consonância com os dispositivos da Lei Federal nº 11.079/2004, da Lei Municipal nº 14.517/2007 e, especialmente, do Decreto nº 51.397/2010. A partir da análise da Comissão Especial de Avaliação sobre o interesse público do empreendimento, publicou-se, no **DOC de 10.10.2013, o Comunicado do Chamamento Público nº 01/SES/2013**, tendo por objeto a convocação de outros possíveis interessados da iniciativa privada, para também apresentarem seus estudos técnicos e modelagem para um possível projeto de Parceria Público-Privada - PPP para a modernização, a otimização, a expansão, a operação e a manutenção da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo.*

Importante destacar que em 27.09.2013 foi firmado o CONTRATO nº 18/SES/2013 com a SP NEGÓCIOS, para a prestação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados para assessorar a Secretaria Municipal de Serviços na autorização, definição de regras, análise e avaliação de Procedimento de Manifestação de Interesse regido pelo Decreto Municipal nº 51.397/2010, e na modelagem final do Projeto de Modernização da Rede Municipal de Iluminação Pública.

No âmbito da extinta Secretaria Municipal de Serviços - SES, foi instituída a Comissão Especial de Avaliação - CEA pela Portaria nº 104/SES/2013, alterada pela Portaria nº 73/SES/2014, para a condução dos trabalhos referentes ao referido Chamamento, no tocante à análise, estudo, acompanhamento, promoção, consolidação e apresentação de projeto final para a modelagem de prestação de serviços para o Parque de Iluminação Pública do Município de São Paulo.

*Durante o referido Chamamento Público foi registrado o cadastro de **41 (quarenta e uma) empresas e grupos empresariais** interessados em desenvolver os Estudos de modernização da infraestrutura de Iluminação Pública do Município de São Paulo.*

*Dentre eles, **34 (trinta e quatro) empresas e grupos empresariais** foram habilitados, e passaram a ser chamados de Agentes Empreendedores.*

*Os **34 Agentes Empreendedores autorizados** foram recebidos em agendas e visitas técnicas, prévias à realização dos Estudos, as quais ocorreram na semana de **26 a 28.12.2013**. Nesses encontros, e durante a fase de desenvolvimento dos estudos, foram fornecidos vários kits de*

documentações e dados do cadastro de Iluminação Pública, bem como, foram respondidas mais de **500 perguntas**, compiladas em aproximadamente **270 (duzentos e setenta) esclarecimentos**, todos publicados no site do Chamamento.

O prazo inicial de 80 (oitenta) dias para desenvolvimento dos estudos foi prorrogado do dia **04.02.2014** para o dia **14.03.2014**, data em que foram apresentados **11 (onze) estudos**.

No dia **14.07.2014** foi apresentado o Relatório da Comissão Especial de Avaliação - CEA, contendo a análise preliminar dos estudos técnicos apresentados no Chamamento Público.

Nessa oportunidade, o referido Processo Administrativo foi submetido à análise do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas - CGP, para a competente aprovação.:

Conforme Ata datada de **16.04.2015**, constantes às fls. 438/441, dos autos do Processo Administrativo nº 2015 - 0.097.424-9, o **Conselho Gestor do Programa Municipal de Parcerias Público-Privada - CGP aprovou o projeto de PPP em tela**, com recomendações, tendo o PA retornado à SES para elaboração e adequação do Edital pertinente.

Com efeito, em relação ao projeto de PPP da Iluminação Pública, a **consulta pública sobre a minuta do edital e respectivos anexos foi realizada por período superior ao mínimo de 30 dias previstos na legislação aplicável (entre 14/10/14 a 24/11/14)**, foram ainda conduzidas duas audiências públicas prévias ao início do certame (a primeira em 13/11/14 e a segunda em 5/12/14).⁸

Ao todo, as audiências realizadas contaram com a **participação de mais de trezentas pessoas** e a consulta pública resultou no encaminhamento de **quase seiscentas contribuições e perguntas**, todas elas objeto de consideração pela Administração Pública Municipal, conforme documento disponibilizado a todos os interessados no seguinte endereço eletrônico:

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/respostas_consulta_publica_1430260181.pdf

➤ **DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL nº 01/SES/2015**

Após o encerramento da fase preparatória concernente ao Chamamento Público, foi aberto o **Processo administrativo nº 2015-0.097.424-9** para tratar da **Concorrência Internacional nº 01/SES/2015**, destinada à contratação da **Parceria Público-Privada (PPP)**, na modalidade de concessão administrativa, para a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da Rede de Iluminação Pública do Município de São Paulo, contemplando inicialmente o **prazo de 24 (vinte e quatro) anos** e o **valor mensal estimado de R\$ 25.416.677,00 (vinte e cinco milhões quatrocentos e dezesseis mil e seiscentos e setenta e sete reais)**, totalizando **R\$ 7,32 bilhões**.

O Edital de Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 foi publicado no **DOC de 23 de abril de 2015**.

Em **13 de junho de 2015**, por meio do Ofício SSG-GAB nº 13461/2015, expedido nos autos do **Processo TC nº 72.002.036.15-60**, o **E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo** determinou, "ad cautelam", a **suspensão temporária do certame**, a fim de permitir que a Secretaria Municipal de Serviços se manifestasse sobre as Representações interpostas perante aquela C. Corte de Contas, bem como sobre os questionamentos formulados pelos órgãos técnicos do mesmo E. Tribunal.

A anterior Secretaria Municipal de Serviços prestou todas as informações necessárias, por meio de Ofícios enviados ao E. TCM.

⁸ Os comunicados para ambas as audiências estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/participacao_social/consultas_publicas/index.php?p=182594>.

Conforme decisão prolatada pelo Plenário do E. Tribunal de Contas do Município na 2.836ª S.O, realizada em 21.10.2015, foi autorizada a retomada do certame, com recomendações de alteração do Edital.

No dia **13 de novembro de 2015** foi republicado o Edital da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015, contemplando, em suma, as seguintes alterações:

- **prazo da concessão alterado para 20 (vinte) anos;**
- **valor da concessão alterado para R\$ 30. 550.000,00 por mês, totalizando R\$ 7.332.000.000,00 (sete bilhões e trezentos e trinta e dois milhões de reais);**
- **retirada da conta vinculada, por existir o FUNDIP como garantia da Concessionária para o pagamento das contraprestações pelo Poder Concedente;**

Conforme Comunicado de 20.01.2016, foram publicadas as **148** (cento e quarenta e oito) PERGUNTAS e RESPOSTAS sobre o referido Edital.

Ainda, foram publicados os extratos das decisões da Comissão Especial de Licitação nas Atas de 22.01.2016 e 02.02.2016, julgando prejudicadas ou improcedentes as impugnações apresentadas ao referido Edital.

Em **03 de fevereiro de 2016** foi realizada a sessão pública para a entrega dos envelopes (Envelope 1 - Garantia da Proposta; Envelope 2 - Proposta Comercial e; Envelope 3 - Habilitação), oportunidade em que apresentaram os envelopes os seguintes proponentes: **1) CONSÓRCIO WALKS** (KS Brasil Led Holdings Ltda, WPR Participações Ltda e Quatro Participações S/A); **2) CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD** (FM Rodrigues & Cia Ltda e CLD Construtora, Laços Detetores e Eletrônica Ltda); e **3) CONSÓRCIO ECOBRASLUX** (Shangai Yaming Lighting Co.,Ltd, Agroenergia do Norte S/A e Santa Edwigis Empreendimentos e Participações S/A).

Na referida sessão foi realizada a abertura do Envelope 1 - Garantia da Proposta, sendo que após o julgamento da Comissão Especial de Licitação concluindo pelo não atendimento das exigências do Edital por todas as proponentes, foi publicado o Comunicado no **DOC de 15.03.2016**, republicado com **retificação em 16.03.2016**, concedendo o prazo para apresentação de novos Envelopes 1 - Garantia da Proposta e designando o dia 30.03.2016 para tal fim.

Assim, no dia **30 de março de 2016** foi realizada a segunda sessão pública, para a reapresentação das garantias de proposta (Envelope 1) pelas referidas proponentes.

Conforme Ata de Julgamento da Comissão Especial de Licitação datada de **31 de março de 2016**, foi deliberado pela regularidade e aceitabilidade, nos termos do subitem 16.3 do edital, das garantias de proposta apresentadas pelos seguintes proponentes: **1) CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD** e **2) CONSÓRCIO WALKS**. Ainda, foi consignado que fica mantida a inabilitação do CONSÓRCIO ECOBRASLUX, por não ter sido promovida a escoima dos vícios de documentação anteriormente apresentada no prazo legal.

Na sequência, foi publicado no **DOC de 29.04.2016** o Comunicado da Sessão Pública para abertura dos envelopes relativos à proposta comercial (Envelope 2) do CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD e do CONSÓRCIO WALKS, designada para o **dia 02 de maio de 2016**.

Entretanto, referida sessão pública não ocorreu, em razão da determinação `ad cautelam` de suspensão `sine die` do certame pelo E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, datada de **29 de abril de 2016**, publicada no DOC de **30/04/2016**, nos autos da Representação interposta pelo CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD perante aquela C. Corte de Contas, em face da decisão que considerou habilitado o CONSÓRCIO WALKS (TID 15018508).

Por essa razão, a Secretaria Municipal de Serviços expediu o Comunicado de adiamento da sessão pública para abertura dos envelopes relativos à proposta comercial designada para o **dia 02.05.2016**, que foi publicado no **DOC de 03.05.2016**.

Em **05.07.2017** o E. TCM autoriza o prosseguimento do certame.

Feita essa retrospectiva de todo o processado, passamos a enfrentar os apontamentos do Relatório da Auditoria.

➤ **BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE O CONTROLE NA PPP**

Afirma-se que para a atividade estatal não se afastar do interesse público, dos propósitos estabelecidos pela sociedade, o Gestor Público, além do controle hierárquico, sujeita-se atualmente ao controle de pelos menos 6(seis) órgãos distintos: PGM, CGM, CMSP, TCMSP, MP, e o Poder Judiciário.

Segundo o Mestre Hely Lopes Meirelles, *CONTROLE* `é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro`⁹.

Adicionalmente a esse engenhoso sistema, a Lei do Acesso a Informação proporciona a possibilidade do exercício do chamado Controle Social por meio de mecanismos que viabilizam a participação do cidadão na gestão pública.

Apesar de toda essa estrutura pública para controle dos ATOS administrativos, especialmente do processo licitatório, e todo arquivo judicial existente para o caso, há quem questione a regularidade do processo da PPP de Iluminação.

Dada a notoriedade da maior PPP do mundo no campo da Iluminação Pública, parece inacreditável a falta de responsividade preventiva ou concomitante de qualquer desses órgãos de controle a respeito do Edital de Licitação, exceção feita, claro, ao controle a posteriori do Poder Judiciário.

A PPP de iluminação certamente foi o procedimento mais contestado e judicializado dos últimos anos. O Controle Externo por meio do E. TCMSP acompanha o tema desde o Chamamento Público. Cada etapa da licitação se encontra judicializada. O imbróglgio ainda é maior por haver fracionamento em diversas demandas Judiciais de maneira a questionar aspectos formais e materiais de um mesmo ato administrativo decisório. Por vezes, as insurgências dos Proponentes são destituídas de boa-fé e razoabilidade. Usam e abusam do direito ao contraditório e ampla defesa.

Complexo explicar todos os desafios desse projeto pioneiro para quem não os vivenciou. Contudo, diante da importância do projeto, fácil compreender que esses desafios só seriam superados se o certame decorresse de forma **REGULAR E TOTALMENTE TRANSPARENTE**.

De fato, a PPP de iluminação foi processada e, concomitantemente, acompanhada pela **PGM e Controladorias Interna e Externa** do Município a época. Todas as informações foram fornecidas aos interessados. A mídia falada e a escrita noticiou cada passo, inclusive com gravações e filmagens durante as sessões da licitação. Muitas vezes opinou de forma técnica inadequada sobre o tema.

O Instrumento Convocatório foi profundamente debatido com os Agentes Privados e Interessados. O setor público abriu-se para escutar o setor privado. Realizou audiências públicas. Forneceu dados. Respondeu questões.

Em atuação conjunta, concebeu-se um modelo equilibrado e viável economicamente. Formatado consoante as melhores práticas para PPPs. Aprovado pela PGM e pelo Comitê Gestor de Parcerias, nos termos da Lei vigente a época. Posto em consulta pública por mais de 60 dias. Constatam colhidas centenas contribuições. Absorvidas ou não, todas foram respondidas nos termos da publicação de 20/01/2015. http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/perguntas_e_respostas_ao_e_dital_da_ppp_de_ip_v08_1453321369.pdf

Publicado o Edital, formatado em versão definitiva, houve suspensão do TCMSP para análise cautelar de representação de Vereadores e apontamentos técnicos. Na oportunidade,

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1990

foram apresentadas todas as justificativas, realizadas demonstrações **do valey for money**, respondidos questionamentos técnicos, econômicos e jurídicos. Defendidas as premissas adotadas, ocorreram diversos debates, o Egrégio TCMSP **liberou a licitação sob a condição de alteração de itens específicos do Edital**.

Na lição de Celso Antônio B. de Mello *`atos controladores são aqueles que **confirmam ou infirmam** a legitimidade dos atos do procedimento ou a oportunidade da decisão final_*¹⁰.

A respeito da natureza jurídica dos julgamentos dos Tribunais de Contas, o Nobre Conselheiro Edison Simões assevera que *`se caracterizam pela objetividade e levam em conta parâmetros de ordem técnico jurídica, ao contrário do Poder Legislativo, que as julga considerando os aspectos políticos e subjetivos_*.

`No ordenamento jurídico brasileiro, as funções estatais apresentam suas finalidades distintas, quais sejam: a formação do direito, designada função legislativa e a realização do direito, compreendendo esta última a aplicação contenciosa da lei, representada pela função judicante e a aplicação da lei de ofício, equivalente à função administrativa.

Ante essa classificação, a conclusão que se infere é que administrar é aplicar a lei de ofício e julgar é aplicar a lei contenciosamente._

Ainda explana diversas correntes para concluir com base em decisões do STF sobre o tema:

`Com efeito, para o Supremo Tribunal Federal, os atos decisórios dos Tribunais de Contas não possuem natureza de função jurisdicional, inexistindo vinculação do Poder Judiciário à decisão proferida pelos Tribunais de Contas. Todas as decisões dos Tribunais de Contas estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, em consonância com o preceito do art. 5º., XXXV, da Constituição Federal/88.

(...)

*Todo processo faz coisa julgada formal, que significa a imutabilidade da decisão dentro de um processo específico, quer por que não é cabível mais nenhum recurso, quer por que os prazos para interposição se esgotaram. Ele atua dentro daquele que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser em outro discutido, tratando-se, portanto, de uma preclusão endoprocessual*¹¹.

Nesse sentido, forçoso concluir que a decisão proferida pelo E. Tribunal de Contas confirmou o Instrumento Jurídico, estando o processo da contratação fortalecido pela incidência da **COISA JULGADA ADMINISTRATIVA**.

Toda a ATIVIDADE JURISDICIONAL, finalizada ou em curso, está fundada nesse **ATO JURÍDICO PERFEITO**, consubstanciado no **EDITAL de licitação da Concorrência Internacional CP nº 01/SES/2015**.

Tendo em vista a produção de julgados e atos que operam efeitos decorrentes dessas decisões proferidas, constata-se a impossibilidade de rediscussão da matéria decorrente preclusão ou ofensa à coisa julgada, e por conseguinte ao respeito à **SEGURANÇA JURÍDICA**.

Nesse contexto emerge a total adequação do processo de contratação com o Direito Positivo, em especial princípios abrigados na Lei de Licitação 8666/93, cuja finalidade precípua é preservar as garantias Constitucionais.¹²

¹⁰ Curso de Direito Administrativo, 22ª. Edição, VII/104

¹² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será

Também foram os rigorosamente seguidos os preceitos estabelecidos na lei Municipal de Licitação 13.278/02, que no art. 1º. Estabelece os princípios norteadores:

Art. 1º - As licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão às normas específicas desta lei, bem como à legislação federal, devendo observar o princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento sustentável, bem como os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. • Alterado pelo artigo 1º da Lei 16.445, de 31/05/16

A despeito da estabilidade das decisões judiciais, bem como de estarem superadas as questões que orbitam o núcleo da abertura da licitação, para que não parem dúvidas a respeito da total LISURA de todo o processo de contratação da PPP, essa Unidade passar a apresentar seus esclarecimentos e justificativas. _.

➤ **CONCLUSÃO**

Inobstante todo cenário desenhado na introdução, hoje esse mesmo EDITAL já julgado, volta a ter suas PREMISSAS e bases jurídicas questionadas.

Dado o fato de desconhecemos quais foram os critérios e elementos objetivos da análise empreendida, denota-se haver uma dissociação dessas com os fatos aqui relatados o que levou ao alcance incompleto do modelo, e por conseguinte conclusões equivocadas.

*Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsora do processo. A preclusão possui também fundamentos ético-políticos na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, está a serviço do Estado de Direito para garantir a **segurança jurídica**, do direito à efetividade (como impulsora do processo) e proteção das relações jurídicas.*

*A preclusão deve ser aplicada em função dos valores a que busca proteger. Disso tudo resulta a incompatibilidade do relatório da Auditoria com o novo princípio jurídico da consequência jurídica, orientador do caminho para a **SEGURANÇA JURÍDICA**, em busca de soluções possíveis e aplicáveis à Contratação.*

*Não se constata abordagem compatível com o fato de a **CONCESSÃO** estar em vigor. Se assim procedesse a análise seria pragmática, e jamais buscaria apenas pontuar situações disruptivas com a finalidade de romper o curso da execução.*

Divagações são ineficazes para qualquer finalidade, mas extrapolam até mesmo o bom senso quando os tópicos abordados não conduzem a qualquer resultado eficaz.

A revogação é inaplicável a qualquer Contrato Administrativo.

Também não converge com atendimento do bem comum, a tentativa inoperante de defender o que chamam de `prudência` no aguardo do trânsito em julgado.

Muito menos em pautar pesos diferentes para o julgamento procedido pela Comissão, atribuindo agir com improbidade também ao Secretário da Pasta que ratificou as análises. Tudo no artilho intuito de macular o ato administrativo que se encontra perfeitamente conforme com o ordenamento jurídico. Corroborar isso o fato de o Poder Judiciário proceder a análise por meio de decisões que afastaram pleitos tutelatórios.

processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. _

Por fim, a análise tecida pouco se debruça no conteúdo do processo após abertura da licitação, o que, ao revés, prova a total regularidade do feito. Caso contrário, caberiam recomendações e eventuais correções que atendessem o vetor da SEGURANÇA JURÍDICA.

Do exposto, a Unidade requer seja reconhecida a LISURA e legitimidade de todos os atos praticados na condução do processo licitatório e reconhecido os efeitos da contratação oriunda deste processo, liberando a Concessão para início dos investimentos, o que propiciará a consecução dos objetivos preconizados no modelo, em total benefício do usuário dos serviços de Iluminação Pública desta METRÓPOLE. _

ANÁLISE DA EQUIPE DE AUDITORIA

A Unidade argumenta primeiramente que todos os atos referentes à PPP estiveram sujeitos à avaliação de diversos órgãos de controle, sendo eles pelo menos seis: `PGM, CGM, CMSP, TCMSP, MP, e o Poder Judiciário\_, além do controle social, que `viabiliza a participação do cidadão na gestão pública_.

Dessa forma, a Secretaria recebe com surpresa o questionamento sobre a regularidade dos atos administrativos envolvendo a PPP mediante achados desta CGM, sendo que estes já passaram por toda a estrutura de controle citada acima. Cita ainda que seria `inacreditável_ que nenhum desses órgãos tenha atuado de forma preventiva ou concomitante em caso de qualquer irregularidade. Ou seja, ao que parece, a Unidade argumenta que, por ter a PPP passado por diversos órgãos de controle durante o processo, restaria confirmada a lisura dos atos praticados.

Obviamente, os controles preventivos e concomitantes seriam mais desejáveis ao ponto que teriam maior capacidade de conter as irregularidades a tempo. No entanto, mesmo com toda a estrutura de controle acima, nem sempre é possível detectar todos os problemas ocorridos de forma preventiva, ainda mais quando se trata de um assunto com as dimensões do caso em tela. Se assim fosse, todos os certames realizados na cidade de São Paulo, submetidos a esses mesmo controles, estariam escoimados de inadequações após a fase de licitação.

Quanto à questionada tempestividade na atuação da Controladoria Geral do Município, faz-se necessário apontar que se trata órgão criado somente em 2013, a partir da Lei nº 15.764/2013, ainda com força de trabalho extremamente reduzida. Sendo que, somente em 2015, por meio da Lei nº 16.163/2015, foi criado o cargo de Auditor Municipal de Controle Interno, tendo a primeira equipe de auditores sido nomeada em junho de 2016. Portanto, resta claro que, durante o processo de seleção da referida PPP, o órgão de controle interno ainda estava sendo estruturado.

Em relação à atuação dos demais órgãos de controle, inclusive o Tribunal de Contas do Município, ao qual a Unidade faz referência, alegando que sua decisão `confirmou o Instrumento Jurídico, estando o processo da contratação fortalecido pela incidência da COISA JULGADA ADMINISTRATIVA\_, esta Controladoria volta a alegar que o papel do controle interno é único, possuindo atribuições específicas, elencadas na Constituição Federal, e que, mesmo a chamada `coisa julgada administrativa_ ainda está submetida à sua análise. Importante destacar novamente que, em nenhuma parte desse relatório, as decisões emanadas pela Corte de Contas foram contestadas. Pelo contrário, as constatações aqui elencadas vêm de forma a complementar a atuação do E.TCM sobre aspectos e pontos de vista que não foram analisado diretamente pela Corte, também como parte das atribuições constitucionais do controle interno, qual seja, `apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional_ (IV, Art. 74, CF88).

Cumpre concluir que, frente às constatações apresentadas neste Relatório e a comprovada falta de competitividade do certame, que, por se tratar de uma concorrência internacional de valor extremamente volumoso (aproximadamente R\$ 7 bilhões) e poder contar com os mais importantes *players* da área no mundo, teve, contudo, apenas um consórcio habilitado, a equipe de auditoria não identificou elementos que possam confirmar a lisura e a legitimidade dos atos praticados na condução do processo licitatório examinado.

ANEXO III - ESCOPO E METODOLOGIA

Trabalho realizado de acordo com as normas brasileiras de auditoria, abrangendo:

- Planejamento dos trabalhos;
- Solicitação de processos e documentos;
- Circularização de informações;
- Conferência de cálculos e confronto de valores.