



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



PROCESSO Nº: 1.088.773

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: Transportes Coletivos Leo Ltda.

DENUNCIADA: Município de Cataguases

EXERCÍCIO: 2020

1. INTRODUÇÃO:

Tratam os autos de denúncia apresentada pela empresa Transportes Coletivos Leo Ltda., CNPJ 71.478.792/0001-46, por meio da qual se noticia supostas irregularidades no Processo Licitatório nº 008/2020 – Concorrência Pública nº 001/2020 – deflagrado pelo município de Cataguases.

A licitação tem por objeto a outorga de concessão para operação do serviço público de transporte coletivo de passageiros no município de Cataguases – MG, com exclusividade, pelo período de 10 (dez) anos, prorrogável por igual período, utilizando como critério de julgamento *técnica e preço*.

Autuada em 17/03/2020, o Conselheiro relator, considerando a matéria urgente, determinou a digitalização e tramitação imediata do feito, com fulcro na Portaria nº 20/PRES./2020, com a nova redação alterada pela Portaria nº 21/PRES./2020 deste Tribunal.

Em 06/04/2020 os autos foram recebidos por esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões *para análise inicial, notadamente quanto ao pedido de liminar pretendido, com a urgência que o caso requer, haja vista que a abertura do certame estava programada para o próximo dia 07/04/2020, conforme despacho do Conselheiro relator.*

Registra-se que a abertura do procedimento licitatório, inicialmente prevista para o dia 07/04/2020, foi adiada para o dia 21/05/2020, devido ao surto

de Covid-19, conforme se verifica da publicação realizada no sítio eletrônico oficial do Município¹.

É o relatório, no essencial.

2. ESCOPO:

Destaca-se que o presente relatório restringir-se-á à análise das principais irregularidades identificadas na denúncia apresentada face à Concorrência Pública nº 001/2020, a fim de subsidiar a decisão sobre o pedido de suspensão do processo licitatório.

Ressalta-se, contudo, que quaisquer outros aspectos não abordados neste relatório poderão ser objeto de nova análise por este Tribunal em momento oportuno.

3. ANÁLISE:

3.1. Insuficiência, inexatidão e incongruência de informações contidas no edital e seus anexos.

Denúncia:

A denunciante alega que o edital e seus anexos apresentam insuficiência, inexatidão e incongruência de informações em relação à realidade da operação do serviço, o que prejudica a elaboração da proposta de preços pelos licitantes. São eles:

- a) haveria uma contradição entre o preâmbulo e o texto do edital uma vez que no preâmbulo há a indicação de apenas dois envelopes (habilitação e

¹ Disponível em: <http://cataguases.mg.gov.br.gestormunicipal.online/transparencia/editais/licitacao/?pagina=2#>. Consulta em: 06/04/2020.

proposta), enquanto na parte do edital que detalha o processo de apresentação de propostas exige-se três, sendo eles: habilitação, proposta técnicas e proposta de preço;

b) haveria divergências entre os dados apresentados no projeto básico em relação aqueles usados na planilha;

c) faltaria detalhamento no projeto básico com relação aos mapas da rede de linhas;

d) manifesta-se dizendo que embora os dados apresentados no projeto básico tenham supostamente sido obtidos das duas empresas que atualmente operam os serviços, eles não correspondem à realidade, tanto é que até mesmo essas duas empresas questionam os dados apresentados nos estudos;

e) o projeto básico se baseou no modelo atual de organização das linhas que é diametral, mas propõe a adoção de linhas radiais com integração das linhas sem especificar os detalhes de como funcionaria esse serviço;

f) não foi apresentado nenhum estudo ou parecer apontando a adequação e os impactos ambientais, no trânsito e sobre o patrimônio histórico de uma possível modificação do transporte coletivo de diametral para radial;

g) inadequação na disposição editalícia no tocante ao tamanho da frota para apresentação da proposta de preços desassociada com aquela apresentada na proposta técnica;

h) falta de clareza com relação ao critério de escolha do vencedor por lote por haver disposições editalícias contraditórias;

i) falta de especificações com relação as gratuidades e seu custeio;

j) possibilidade de modificações posteriores à apresentação das propostas;

k) ausências de especificações da Ordem de Serviço de Operação.

Análise:

a) Da contradição entre o preâmbulo e o texto do edital

O preâmbulo do edital apresenta a seguinte redação:

2. ABERTURA DO ENVELOPE Nº 1 - "DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO":

A abertura do envelope "Habilitação" ocorrerá às 09:00 horas do dia 21/05/2020, oportunidade a qual se procederá a rubrica nos lacres dos invólucros entregues a Comissão Permanente de Licitação, pelos membros presentes e Licitantes.

3. ABERTURA DO ENVELOPE Nº 2 - "PROPOSTA":

A abertura do envelope "Proposta" ocorrerá após a fase de habilitação, podendo ocorrer na própria data designada para a sessão de habilitação, caso não haja eventual interposição de recurso administrativo, ou havendo, em data a ser futuramente designada.

Já o item 5.1 do edital dispõe o seguinte:

5.1. A Comissão Permanente de Licitação – CPL receberá os documentos de habilitação, as propostas técnicas e as propostas de preço, no local, na data e horário estabelecido no preâmbulo deste Edital, **em 03 (três) envelopes não transparentes**, indevassáveis e lacrados, constando obrigatoriamente da parte externa de cada um as seguintes indicações: [...]

No que diz respeito à contradição entre o preâmbulo e o texto, verifica-se mera impropriedade formal, já que isso não prejudica sobremaneira a formulação das propostas. Todavia, não se pode negar que é preciso haver um certo paralelismo entre as disposições editalícias em relação ao preâmbulo, de modo que se recomenda que, havendo a oportunidade de corrigir o instrumento convocatório, essa impropriedade seja sanada.

b) Das divergências entre os dados apresentados

A alegação da deferente é pertinente ao destacar que há incoerências no projeto básico apresentado. O “Anexo 1.a” do edital em seu tópico “3.3 Linhas Urbanas” diz o seguinte:

O Sistema de Transporte Coletivo de Cataguases conta com 39 linhas urbanas, sendo todas diametrais. Das 39 linhas, 33 prestam serviço regular, 2 só operam em dias úteis e 4 não operam domingos e feriados.

Todavia, as tabelas 2 e 5, respectivamente, “Frota, Extensão e Viagens Linhas” e “Produção quilométrica diária e mensal das linhas do sistema” apresenta valor nulo para a coluna “Nº de Viagens” aos domingos para as seguintes linhas de nº: 8, 11, 12, 14, 18, 24, 33, 38 e 42. É de se notar que quando o tópico 3.3 fala em 39 linhas, ele está se referindo àquelas diametrais, sendo que há ainda mais 5 linhas distritais, totalizando 44 linhas. Contudo, ainda que se considere apenas as 39 linhas diametrais, mais do que 4 linhas apresentam valor zerado para operação aos domingos. Essa questão parece não ter ficado muito clara, o que compromete a formulação das propostas.

A título de exemplo do que se pretende demonstrar destaca-se a tabela 2, “Frota, Extensão e Viagens Linhas”, extraída do já citado anexo que segue demonstrada abaixo com os devidos destaques:

Tabela 2 Frota, Extensão e Viagens Linhas

Nº	Nome da Linha	Extensão (Km)	Frota	Nº de Viagens		
				Dia Útil	Sábado	Domingo / Feriado
1	Primavera X Isabel Tavares	14,91	1	15	15	13
2	Ana Carrara X Pampulha	13,90	1	10	10	8
3	Leonardo X São Vicente	16,86	1	15	15	15
4	Pampulha X Meca (Bom Sucesso)	15,39	1	16	16	16
5	Sol Nascente X Santa Clara II	17,10	1	12	12	11
6	Taquara Preta X Granjaria	17,47	1	12	12	11
7	Carijós X Canoa	11,43	1	8	8	8
8	Meca X Santa Clara	17,40	2	11	0	0
9	São Diniz X Miguel	16,35	1	15	15	11
10	São Diniz X Imé Farage	15,76	1	16	16	11
11	Isabel Tavares X São Diniz	13,99	1	15	14	0
12	Miguel X São Pedro	16,14	1	15	13	0
13	Meca X Taquara Preta	16,23	1	16	16	15
14	Bom Pastor X Guanabara	15,64	1	6	0	0
15	Isabel Tavares X São Marcos	16,65	1	15	15	15
16	Ibraim X São Vicente	20,23	1	13	13	5
17	Bandeirantes X Dico Leite	15,62	1	15	15	15
18	São Sebastião X Bom Pastor	13,08	2	14	7	0
19	Ana Carrara X Menezes	13,42	1	17	17	17
20	Ana Carrara X Taquara Preta	18,70	1	14	14	14
21	Chácara X Ana Carrara	16,05	2	13	13	13
22	Dico Leite X Alto B. Haidée	12,82	1	16	16	15
23	Ibraim X Colinas	16,97	1	16	16	16
24	Independência X Colinas	12,68	1	17	16	0
25	Matote X Ibraim	15,58	1	13	13	13
26	Paraíso X Justino	15,00	2	17	17	17
26.1	Paraíso X Justino (Via Alameda dos Pinheiros)	17,79		7	7	7
26.2	Paraíso X Justino (Atend. Escola Professora Carmelita Guimarães)	16,07		1	1	1
27	Rodoviária X Sereno	22,90	1	11	11	11
28	Santa Clara X Sol Nascente I	18,27	1	14	14	14
29	São Diniz X Taquara Preta	20,90	1	14	14	5
30	São Marcos X Marote	18,77	1	14	14	14
31	São Vicente X Bandeirantes (D)	16,15	1	15	15	16

Nº	Nome da Linha	Extensão (Km)	Frota	Nº de Viagens		
				Dia Útil	Sábado	Domingo / Feriado
32	São Vicente X Leonardo	18,96	1	15	15	15
33	São Vicente X Taquara Preta	17,12	1	14	14	0
34	Sebastião Adolfo X Granjaria	12,40	1	13	13	13
35	Sebastião Adolfo X Taquara Preta	19,30	1	15	15	15
36	Sol Nascente X Paraíso	12,94	2	11	11	11
37	Sol Nascente X Santa Clara I	17,08	1	13	13	13
38	Taquara Preta X Bandeirantes (Via Lar São Vicente)	16,17	2	18	18	0
39	Taquara Preta X Colinas	16,85	1	17	17	17
40	Cataguases X Sereno X Glória Santa Maria (Via Joaquim Vieira)	54,90	1	4	4	2
41	Cataguases X Cataguarino	33,60	1	3	3	3
42	Cataguases X Cataguarino (Via Sinimbú)	38,80	1	3	0	0
43	Cataguases X Vista Alegre (Via Aracati)	38,80	1	2	3	2
44	Cataguases X Sereno (Quilombo dos Palmares)	23,30	1	17	17	17
Total		-	50	583	553	435

Dito isso, **o projeto básico referente ao edital em apreço mostra-se pouco claro, o que dificulta, por exemplo, a participação de novos entrantes que não conhecem as minúcias do serviço de transporte coletivo do município.**

Por mais que essa não seja uma impropriedade que seria relevante isoladamente, se conjugada com as demais que serão oportunamente apresentadas neste relatório técnico, podem tornar-se, no conjunto, relevantes e prejudiciais à lisura do certame.

c) Da falta de detalhamento no projeto básico com relação aos mapas da rede

Embora os mapas apresentados no projeto básico - “Anexo 1.a” - sejam de baixa qualidade a ponto de serem praticamente incompreensíveis, evidenciando que esse documento não possui a qualidade que se poderia esperar de um instrumento que orientará a celebração de um contrato dessa magnitude, essa falha poderia ser facilmente corrigida por quem formula as propostas já que o “Anexo 1.b” em seu item “1.3 Dados Operacionais dos Lotes” apresenta detalhadamente as origens e destinos e respectivas rotas.

Há de se destacar que no atual estado da arte das tecnologias de informação existe uma série de *softwares*, muitos deles “*open source*”², gratuitos e “*user-friendly*” para auxiliar na elaboração de mapas que poderiam ser mais úteis aos formuladores de proposta.

d) Da falta de correspondência dos dados do projeto básico com a realidade

² *Open source*, também conhecido como softwares de código aberto, são aqueles programas de computador cujo código fonte é disponibilizado e licenciado com uma licença de código aberto no qual o direito autoral fornece o direito de utilizar, estudar, modificar e distribuir o software de graça para qualquer um e com qualquer finalidade.

Embora a denunciante alegue que os dados apresentados no estudo não são condizentes com a realidade, também não foram apresentados elementos suficientes para que essa Unidade Técnica pudesse formar seu juízo com relação a isso.

Conquanto materialmente irrelevante, nota-se que em alguns trechos dos anexos não se teve o cuidado de nem mesmo trocar o nome do município, dentre outras formalidades, como se percebe no seguinte trecho extraído do “Anexo 1.b” citado abaixo:

1.1 Serviço de transporte coletivo de passageiros

A delegação do Serviço de **Transporte Coletivo por Ônibus de Teófilo Otoni** está organizada **em 2 (um) lote** de linhas, que foram planejados em conjunto com o Lote 3, destinado ao Serviço de Transporte Coletivo de Característica Rural, formando uma única Rede de Transporte Coletivo que atenda, com qualidade, eficiência e modicidade tarifária, os desejos de deslocamentos de seus usuários.

Isso é sem dúvida materialmente irrelevante, mas como a denunciante suscita dúvidas com relação à qualidade dos dados apresentados e isso não tem como ser imediatamente verificado, esse descuido na apresentação das informações compromete a confiança que os usuários depositam nos estudos.

A qualidade dos estudos não é uma questão de preciosismo, mas uma imposição legal. O art. 18, inciso XV da Lei 8.987/93 dispõe o seguinte:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

II - a descrição das **condições necessárias à prestação adequada do serviço;**

(...)

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, **estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;**

É por meio do projeto básico que se satisfaz essas exigências previstas na lei. Segundo Amorim³ (2010) os "elementos do Projeto Básico", exigidos para as licitações de concessões, compreendem os estudos de viabilidade e mais os elementos do Projeto Básico necessários e suficientes para **definir, claramente**, os resultados pretendidos com a concessão, em termos de **características físicas básicas essenciais do empreendimento**, da qualidade dos serviços a serem oferecidos aos seus usuários, dos indicadores de desempenho aceitáveis e a **estimativa de custos da solução** proposta pelo poder concedente, servindo assim como referência para as análises econômicas das propostas que serão oferecidas.

É preciso notar que as informações fornecidas pelo Poder Concedente precisam ser confiáveis e verificáveis. Isso pode ser alcançado por meio de estudos que inspirem confiança por parte de seus usuários.

e) Da ausência de especificação quanto aos detalhes de como será organizado o serviço

O denunciante aponta uma incongruência no Projeto Básico. O “Anexo 1.a” informa o seguinte:

O sistema de Transporte Coletivo Municipal é composto por 44 linhas urbanas e distritais. O serviço urbano é composto por 39 linhas diamétrais. O serviço distrital é composto por 5 linhas distritais.

³ AMORIM, H. Licitações para concessões de serviços públicos: exigência de elementos do projeto básico. 2010. Disponível em: <<http://www.fepac.org.br/documents/licitacoes.htm>>. Acesso em 17 ago. 2010.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



O “Anexo 1.b” que dispõe sobre a Especificação Operacional do Serviço de Transporte Coletivo Urbano a ser prestado pela Concessionária apresenta algumas linhas que possuem característica radial.

O projeto básico não especificou como se dará essa alteração e como isso afeta as estimativas de demanda já que, entendendo ser diametral aquelas linhas que fazem a ligação entre duas regiões da cidade passando pelo centro da cidade e radial aquelas linhas que fazem ligação da área central à outra região da cidade, os atuais usuários do sistema precisam readequar seus deslocamentos a medida que o sistema for reorganizado, o que, sem dúvida, reconfigura os dados de demanda.

Também não foram especificados como serão organizados os nós de integração do sistema e como isso impactará a receita tarifária. No entendimento do Conselheiro Wanderley Ávila expresso nos autos da Denúncia nº. 1024681:

Um projeto básico insuficiente em informações técnicas sobre os serviços a serem executados, impreciso, e sem os elementos necessários e suficientes para elaboração de orçamentos compromete a igualdade de condições entre os licitantes e pode onerar o valor das propostas apresentadas, frustrando o caráter competitivo do certame e ferindo os princípios básicos da licitação de isonomia, eficiência e economicidade. **A elaboração de um orçamento só é possível quando se conhece o projeto básico com todas as suas partes e metodologia de execução.** (Grifamos).

Diante dessas imprecisões e em conformidade com o entendimento dessa Corte quanto ao assunto, verifica-se que o projeto básico não possui elementos suficientes para especificar as características essenciais e necessárias para formulação das propostas por parte dos licitantes o que prejudica o alcance do objetivo pretendido com a licitação.

f) Da falta de especificações quanto aos impactos ambientais, no trânsito e sobre o patrimônio histórico

O edital e seus anexos foram omissos naquilo que diz respeito ao impacto ambiental e no patrimônio histórico da cidade face às possíveis alterações na forma de prestação do serviço.

Nesse aspecto, destaca-se que as regras relativas à preservação do patrimônio histórico e à acessibilidade e mobilidade dos conjuntos urbanos protegidos, incluindo os mecanismos de controle da circulação de acesso de veículos nos centros históricos, deveriam estar contempladas no Plano de Mobilidade Urbana.

Verifica-se, contudo, que o Município de Cataguases não dispõe desse Plano de Mobilidade⁴, o que compromete a formulação de propostas na medida em que não se sabe sob quais premissas o fluxo de veículos poderá operar, de forma a compatibilizar as necessidades de circulação com as exigências de preservação do patrimônio histórico.

g) Da ausência de especificação com relação ao tamanho da frota para apresentação da proposta de preços

Quanto ao apontamento feito pela denunciante com relação ao item 9.10 do edital, assiste razão a ela com relação ao seu argumento. O edital prevê o seguinte:

9.10. Para fins de isonomia no julgamento das Propostas de Preço, a frota apresentada na Planilha de Apropriação de Custos

⁴ Esclareça-se que, nos termos do § 1º, da Lei 12.587/2012, com redação alterada pela Medida Provisória nº 906/2019, os Municípios com mais de vinte mil habitantes e em todos aqueles que integrem regiões metropolitanas, regiões integradas de desenvolvimento econômico e aglomerações urbanas com população total superior a um milhão de habitantes precisam elaborar um Plano de Mobilidade Urbana. Segundo dados do IBGE, a população estimada em 2019 para o Município de Cataguases foi de 75.123 habitantes, de forma que o município precisa elaborar o seu o Plano de Mobilidade Urbana.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



da Licitante deverá ser idêntica à da Planilha contida no Anexo – Parâmetros Econômicos, não devendo incluir a frota sugerida pela licitante em sua Proposta Técnica, que será considerada na tarifa apenas após a primeira revisão tarifária.

Ora, se é a planilha de apropriação de custos que orienta a elaboração da proposta de preço e define a equação econômico-financeira da concessão, então vedar que o interessado apresente sua real estrutura de custos seria, no mínimo, insensato. Se a planilha não refletir as reais características da prestação do serviço, ela será uma mera peça de ficção elaborada apenas para atender um requisito formal do edital.

Com base nisso, questiona-se inclusive como seria possível aferir a exequibilidade da proposta com base na planilha de apropriação de custos apresentada pelo interessado em assumir a prestação do serviço se esta não reflete a realidade da prestação do serviço. Sendo assim, considera-se necessário que as propostas sejam apresentadas e avaliadas segundo as reais condições de prestação do serviço para que esta reflita a equação econômico-financeira da concessão.

h) Da falta de clareza com relação ao critério de escolha do vencedor por lote

A denunciante demonstra que há uma contradição no edital com relação a homologação do objeto ao vencedor de acordo com o lote. Vejamos o que diz o item 4.6 e seus subitens do edital:

4.6. Os interessados nesta CONCORRÊNCIA PÚBLICA poderão candidatar-se à Concessão de 01 (um) ou dos 02 (dois) Lotes, vedada à homologação de mais de 01 Lote por empresa ou consórcio de empresas. 4.6.1. Também é vedada a homologação de mais de 01 Lote para diferentes consórcios cuja uma ou mais empresas participantes sejam as mesmas. 4.6.2. **Em caso da empresa eventualmente apresentar a melhor proposta para os 02 (dois) lotes**, deverá proceder a imediata daquele lote que mais lhe interessar.

Mais adiante no edital, na parte que trata dos procedimentos de abertura dos envelopes, o item 10.25.1 e seus subitens dizem o seguinte:

10.25.1. O julgamento ocorrerá por Lote.

10.25.23. Inicialmente será realizado o cálculo da NF do Lote 1 e posteriormente o cálculo da NF do Lote 2.

10.25.3. No julgamento do Lote 2 não será considerada a proposta da licitante vencedora do Lote 1.

Se para realizar o julgamento do Lote 2 não será considerada a proposta da licitante vencedora do Lote 1, então como poderia uma empresa apresentar a melhor proposta para os 02 (dois) lotes. Segundo os ditames do edital isso seria impraticável.

Disso, conclui-se que a partir da leitura do edital não é possível compreender claramente quais são as regras que orientarão o julgamento das propostas por lote uma vez que as informações contidas em partes diferentes de um mesmo documento são contraditórias.

i) Da falta de especificações com relação às gratuidades e seu custeio

Assiste razão a denunciante no que diz respeito a falta de transparência com relação as gratuidades. O edital e seus anexos foram muito sucintos ao tratar das gratuidades. Todavia, com base no ‘Anexo 1.c’ que dispõe sobre Comercialização das Passagens, Acompanhamento da Operação e Informação ao Usuário, percebe-se que há uma enorme fragilidade no sistema de informações atuais do sistema de transporte coletivo que será aprimorado com a implementação do sistema de bilhetagem eletrônica.

Tendo isso em vista, as informações estatísticas apresentadas baseadas no sistema atual refletem a melhor estimativa possível que o município pode fazer com os recursos que atualmente dispõe. Isso não isenta o Poder Concedente de especificar com um maior nível de detalhamento sobre quais são os instrumentos

normativos e legais municipais que fundamentam as gratuidades para que haja maior transparência no processo licitatório a fim de auxiliar os formuladores de propostas realizarem seus próprios estudos, estimativas e análises de risco.

O fato do edital e seus anexos terem sido silentes com relação à possibilidade de subsídio permite inferir que essa alternativa não foi aventada. Desse modo, não se pode falar que isso constituiria uma irregularidade, mas apenas uma decisão política e de gestão.

j) Da possibilidade de modificações posteriores à apresentação das propostas

Não há vedação legal quanto à possibilidade de fazer alterações posteriores no objeto contratado desde que isso não desnature suas características essenciais, todavia, essas alterações subsequentes podem ensejar recomposição do equilíbrio econômico-financeiro uma vez que isso pode tencionar o equilíbrio contratual entre direitos e obrigações inicialmente firmado pelas partes.

Não se pode conceber como sinal de “boa administração” alterações contratuais imediatamente após a assinatura do contrato já que isso demonstra falta de planejamento e aumenta a sensação de insegurança jurídica, além de levantar questionamento com relação a lisura do certame licitatório uma vez que a Administração indica estar contratando um objeto diverso daquele licitado.

Embora não seja possível se discutir *ex-ante* se uma alteração contratual que ocorre logo após o objeto ter sido licitado é razoável ou não, recomenda-se que sejam adotadas as medidas necessárias para sanear o risco de mutações no objeto com um pequeno interstício de tempo entre a assinatura do contrato e sua alteração.

k) Da ausência de especificações da Ordem de Serviço de Operação

A minuta do contrato, como sua própria essência indica, é apenas uma minuta. Por sua vez, a cláusula 2ª, parágrafo primeiro diz o seguinte:



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Parágrafo 1º A relação das linhas a serem operadas pela CONCESSIONÁRIA e as suas respectivas Ordens de Serviço de Operação – OSOs iniciais, conforme Projeto Básico integrante deste Edital da Concorrência nº [#####] estão relacionadas no Anexo 1.

O referido ‘Anexo 1’ integrará o contrato que, no presente momento, ainda inexistente. A relação das linhas que integrará o tal anexo é aquela que consta no Projeto Básico. Essa impropriedade não parece comprometer em nada a lisura do certame e a interpretação do objeto por parte dos interessados.

As informações que a denunciante alega não terem sido descritas no tal “Anexo 1” da minuta do contrato são, muitas delas, aquelas que precisam ser mais bem especificadas no Projeto Básico que compõe os anexos do edital.

Conclusão:

Diante do exposto, conclui-se pela **procedência parcial** das alegações da denunciante em relação ao apontamento na medida em que as inconsistências e incongruências identificadas tem o condão de prejudicar a formulação de propostas por parte dos interessados e, por conseguinte, comprometer a competitividade do certame.

3.2. Das exigências técnicas ilícitas e inoportunas ao interesse público inerentes à especificação dos veículos que ferem o caráter competitivo e oneram a tarifa

Denúncia:

O denunciante alega inadequação das especificações dos veículos às necessidades dos usuários e argumenta que as exigências feitas são



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



desproporcionais a capacidade das empresas investirem, o que é incompatível com o princípio da modicidade tarifária.

Alega suposta inviabilidade econômica da concessão diante das obrigações que constituem a avença.

Análise:

Dispõe o art. 6º da Lei nº 8.987/95 que *toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

Serviço adequado, por sua vez, nos termos do art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95, é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, **atualidade**, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

Assim, a rigor, as exigências de investimentos em veículos, instalações, equipamentos e tecnologias, vão ao encontro das exigências de adequação do serviço público.

Com efeito, a atualização e modernização, *conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público*⁵, propicia melhorias na qualidade da prestação dos serviços aos usuários, além de ter o condão de permitir a minimização de custos operacionais, o que pode, inclusive, refletir em tarifas mais módicas.

Não obstante, a gestão do transporte público coletivo de passageiros demanda a compatibilização da atualização e modernização dos serviços com a modicidade tarifária, bem como com a garantia de sustentabilidade econômica do empreendimento.

⁵ Celso Antônio, ao tratar dos princípios do serviço público, assim dispõe sobre o princípio da adaptabilidade. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Nesse cenário, relevante o registro de que essa concessão elenca diversas exigências em investimentos para a operação do serviço de transporte público, dentre as quais se destaca a renovação da frota de veículos, cuja idade média não poderá ser superior a 5 (cinco) anos; a substituição de 17 ônibus do tipo básico por midiônibus (sem apresentar justificativas); e a instalações de sistema de bilhetagem eletrônica.

Ocorre que o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) que compõe o edital não indica a sustentabilidade da concessão em análise. Registrase que o exame mais aprofundado do EVTE foi realizado no **Apontamento 3.4.b**, em que se identificou, dentre outras, as seguintes inconsistências pertinentes à questão em análise:

A planilha de apropriação de custos para o lote 2 apresenta um custo por passageiro de R\$ 3,43 e o fluxo de caixa indica uma Taxa Interna de Retorno (TIR) de 6,24%. Como o estudo foi omissivo em apresentar uma boa estimativa de custo de capital das empresas operadoras do serviço, não é possível concluir de forma contundente se essa taxa é suficiente para remunerar o capital investido, mas há fortes indícios de que não é.

A única referência que se faz com relação a taxa de remuneração do capital que foi uma estimativa de 6,3711% baseada apenas no valor médio da Selic e do IPCA. Além da metodologia empregada ser questionável, ainda que essa taxa fosse admitida como uma estimativa adequada para a Taxa Mínima de Atratividade (TMA) utilizada para aferir a viabilidade econômica da concessão, está claro que 6,24% é menor do que 6,3711%, ou seja, *coeteris paribus*, com base nos elementos trazidos ao autos até então, o estudo indica que não haveria viabilidade econômica da concessão do lote 2 mesmo que a proposta vencedora não oferecesse nenhum deságio, isto é, fosse de R\$ 3,40.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Para equacionar isso não é preciso aumentar o valor máximo da tarifa, mas repensar os encargos que serão assumidos pela concessionária que assumir o serviço. (grifamos)

Nessa ordem de ideias, entende-se que o poder concedente precisa reconsiderar os investimentos exigidos em modernização, a fim de que esse aspecto não comprometa a viabilidade da concessão ou implique um agravo à modicidade tarifária.

Para tanto, imprescindível um estudo consistente – em que constem metódica e pormenorizadamente dados que permitam a avaliação econômico-financeira do empreendimento, mediante o sopesamento dos investimentos exigidos com o prazo para sua amortização e a receita tarifária estimada – sem o qual não é possível aferir se os investimentos exigidos são compatíveis com a modicidade tarifária perquirida, tampouco se há viabilidade da concessão.

Sob essa perspectiva, a insurgência da denunciante afeta à desproporcionalidade dos investimentos exigidos na licitação em análise adquire **gravidade suficiente a comprometer a continuidade do certame**, pois ausentes os parâmetros que permitiriam orientar a formulação das propostas, considerando a necessidade de garantir a exequibilidade da concessão.

3.3. Da não inclusão do lote 3 no processo licitatório

Denúncia:

A denunciante alega que seria irregular licitar os lotes 1 e 2 (urbanos) sem também licitar o lote 3 (rural). Afirma, inclusive, que o poder concedente contraria sentença judicial e orientações deste Tribunal de Contas.

Análise:

A questão que se apresenta como pano de fundo da presente análise recai, mais uma vez, sobre a ausência de um plano de mobilidade, cuja análise mais aprofundada encontra-se no **item 3.5.a**.

Somente à luz de um plano de mobilidade e um projeto básico que reflita suas especificações seria possível aferir a necessidade e viabilidade da exploração do lote 3 de forma autônoma ou compartilhada, bem como de quais implicações isso teria na exploração dos demais lotes.

Verifica-se, assim, que não restou demonstrada a viabilidade econômica e operacional da divisão de lotes na forma proposta, seja pela ausência de demonstração do impacto que a exploração autônoma do lote 3 teria nos demais, seja pela ausência de estipulação no edital das condições sob as quais se operaria o compartilhamento da sua exploração.

3.4. Das inadequações e ilegalidades nos critérios para seleção da melhor proposta

Nesse apontamento, a denunciante se insurge, em síntese, contra irregularidades no critério de seleção para a melhor proposta que consiste na *combinação entre a melhor nota técnica e do menor preço*.

A denunciante defende a adoção do critério de julgamento “técnica e preço” e alega que, ao contrário do que defende a jurisprudência deste Tribunal, o critério “menor tarifa” não é o mais adequado para o julgamento das propostas nas concessões de serviço público.

Apesar disso, aponta diversas impropriedades na forma como o critério foi estabelecido no edital, tanto no que diz respeito ao julgamento da proposta de menor valor da tarifa, quanto no que diz respeito ao julgamento da melhor proposta técnica.

Para o exame do presente apontamento, subdividir-se-á a análise em 3 tópicos: (a) inadequabilidade do critério de julgamento; (b) Impropriedades



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



relacionadas à julgamento da proposta de Menor Valor da Tarifa; (c) Improriedades relacionadas ao julgamento da proposta técnica.

a. Inadequabilidade do critério de julgamento

Denúncia:

A denunciante defende a adoção do critério de julgamento utilizado e alega que, ao contrário do que defende a jurisprudência deste Tribunal, o critério “menor tarifa” não é o mais adequado para o julgamento das propostas nas concessões de serviço público.

Análise:

A presente licitação estabelece como critério de julgamento a combinação melhor nota técnica e do menor preço. Ressalva-se, contudo, que, embora a Lei nº 8.987/1995 estabeleça em seu art. 15, V, a possibilidade de utilização do tipo *melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica* como critério de julgamento da licitação, a existência dessa previsão legal não acarreta sua adequabilidade ao presente caso.

Ao contrário do que argumenta a denunciante nesse aspecto, defende-se que o critério menor valor da tarifa é, sim, o mais adequado para as concessões de transporte coletivo.

É que a presente concessão trata da delegação do serviço público de transporte coletivo municipal, **cuja essencialidade faz com que o critério “menor valor de tarifa” seja o mais adequado, a fim de possibilitar a modicidade tarifária.**

Não se pode olvidar que, especialmente nesse tipo de prestação de serviço público, a tarifa tem um grande impacto econômico no custo de vida da população em geral. Tanto é assim que a Lei nº 12.587/12, que institui a Política

Nacional de Mobilidade Urbana, estabelece como diretriz da política tarifária a modicidade da tarifa para o usuário (Art.8º, VI), prevendo, inclusive, formas de subsídio à tarifa, com vistas à redução da tarifa pública cobrada do usuário.

Dessa forma, defende-se que **o tipo “menor tarifa” é o critério de julgamento adequado para as concessões de transporte coletivo, diante de sua essencialidade e em respeito ao princípio da modicidade tarifária.**

Sob essa perspectiva, pondera-se que a inclusão da análise da proposta técnica como parte do critério de julgamento, ainda que conjugada com o critério “menor valor da tarifa”, deve ser considerada com ressalvas pela Administração, notadamente nos casos em que os serviços a serem delegados não se revestem da complexidade técnica necessária para tanto, como é o caso das concessões de transporte coletivo.

É que a análise de proposta técnica como parte do critério de julgamento somente se justifica quando a licitação se referir à delegação de serviços de notável complexidade técnica, considerados tecnicamente imaturos ou de maturidade média, cuja *expertise* técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade não possa ser facilmente encontrada no mercado, **o que não se aplica ao presente caso.**

A esse respeito, oportuna se faz a transcrição de trecho da doutrina de Maurício Portugal⁶ acerca do tema:

II.3. A modelagem da qualificação técnica nas licitações de concessões e PPP

[...]

II.3.1 Setores Tecnicamente Maduros

Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é se a *expertise* técnica necessária a prestação do serviço na

⁶ Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-tecnica-nas-licitacoes-de-concessoes-e-ppps/>.

qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação **é deixar em segundo plano a exigência de expertise técnica, e focar a licitação na busca do melhor preço e na análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.**

Isso porque, se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

É, pois, desnecessário, neste caso, focar o processo de habilitação na verificação da capacidade técnica, até mesmo porque, se a expertise, para tanto, está disponível para todos no mercado, é melhor centrar o processo na obtenção do melhor preço, tomando-se, contudo, os cuidados para garantir que o contratado tenha as condições financeiras para estruturar a concessionária e adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao cumprimento do contrato.

[...] (*destacamos*)

Também nessa linha, registra-se a doutrina de Marçal Justen Filho⁷:

As licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações especialíssimas. Devem ser praticadas como exceção, sendo a regra a licitação de menor preço. Assim se passa porque a conjugação dos critérios técnicos e de preço

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos⁷, 2014.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



conduz à possibilidade de sagrar-se vencedora a proposta que não apresente o menor preço.

Somente se justifica que a Administração desembolse valor superior ao menor preço disponível no mercado quando isso envolver benefícios e vantagens indispensáveis à satisfação mais adequada de suas necessidades.

Ressalta-se que os **serviços de transporte coletivo, por sua natureza, podem ser enquadrados como tecnicamente maduros**. De fato, a prestação do serviço de transporte coletivo, malgrado envolva o emprego de tecnologias e exija técnicas de gestão aprimoradas, não se enquadra no conceito de alta complexidade técnica, na medida em que não envolve o emprego de tecnologias inovadoras, além de constituir um serviço cuja expertise técnica se encontra disponível no mercado, com diversas empresas atuando no ramo.

Para que se garanta a qualidade técnica na prestação desses serviços, basta que os quesitos mínimos almejados de acordo com o interesse da Administração (tais como idade média das frotas, sistema de bilhetagem eletrônica, manutenção preventiva, atendimento a pessoas com necessidades especiais, prazo para implantação dos serviços, etc.), estejam devidamente descritos no edital e sejam exigidos de todos os proponentes.

Nessa ordem de ideias, não se verifica no objeto do presente certame complexidade técnica suficiente a justificar a inclusão de critérios técnicos como forma de julgamento da proposta, devendo a capacidade técnica ser aferida no momento da habilitação, mediante o atendimento dos requisitos de qualificação técnica.

Defende-se, assim, **que o critério “menor valor da tarifa” é o mais adequado para a presente licitação e pontua-se que, caso se opte pela adoção do critério de julgamento menor tarifa e melhor técnica, o emprego dos critérios técnicos deve representar melhorias na qualidade da prestação dos serviços aos usuários e, à luz do art. 18, II, da Lei nº 8.987, ser justificada pela Administração.**

b. Impropriedades relacionadas ao julgamento da proposta de Menor Valor da Tarifa

Denúncia:

A denunciante alega que faltam no edital parâmetros objetivos que possibilitem desclassificar propostas inexequíveis.

Análise:

Embora se deva levar em consideração o argumento de que buscar selecionar a melhor proposta a partir do menor valor da tarifa possa resultar no agravamento do problema da seleção adversa⁸, o licitante deve dispor de outros instrumentos para aferir a exequibilidade da proposta.

A melhor forma de resolver o problema da seleção adversa é reduzir a assimetria informacional, mas isso, por vezes, aumenta os custos de transação por demandar mais tempo e recursos para aprimorar os estudos, todavia, isso se mostra, muitas das vezes, necessário.

Toda decisão no âmbito de políticas públicas deve visar a satisfação do interesse público, mas como esse é um conceito jurídico abstrato, cabe ao formulador da política defini-lo de forma mais contundente pois só assim é possível avaliar a compatibilidade entre os fins e os meios.

Na ausência de uma política local mais elaborada, recorre-se à Política Nacional de Mobilidade Urbana. O inciso VIII do art. 6 da Lei nº 12.587/2012 (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018) diz o seguinte:

Art. 6º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes:

⁸A seleção adversa acontece quando uma das partes possui informação assimétrica sobre as condições de mercado antes de assinar um contrato. Isso faz com que compradores selecionem determinados bens e serviços no mercado de maneira incorreta.

(...)

VIII - garantia de sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros, de modo a preservar a continuidade, a universalidade e a modicidade tarifária do serviço.

Diante dessa disposição legal fica claro que a gestão do transporte público coletivo de passageiros precisa compatibilizar a modicidade tarifária do serviço com a garantia de sustentabilidade econômica do serviço.

Para atingir ambos objetivos, sem prejuízo dos demais, é preciso que a delegação e regulação do serviço esteja amparada em um desenho licitatório e contratual robusto. Isso significa adjudicar o objeto para o proponente que apresente o menor preço, mas que também tenha plenas condições de assumir as obrigações contratuais.

Essa Unidade Técnica reitera que não há problema algum em julgar as propostas segundo o critério de menor preço, inclusive essa é a posição que vem sendo defendida por esse Tribunal de Contas e que atende a modicidade tarifária. Todavia, **ressalta-se que o poder concedente deve dispor de instrumentos suficientemente claros para aferir a exequibilidade da proposta de preço.** Segundo o TCU⁹ (2010, p.109):

Menor preço não é justificativa para compra de produtos de baixa qualidade. Deve a Administração, em busca do melhor preço, verificar se as propostas estão de acordo com as especificações do ato convocatório, amostras ou protótipos exigidos.

Por mais que essa afirmação do TCU tenha sido feita sob a ótica da Lei nº 8.666/1993, sua interpretação pode ser plenamente estendida às licitações regidas pela 8.987/1995 e uma das formas de se verificar se as propostas estão de acordo

⁹ Informativo de Licitações e Contratos nº 190, do TCU.

com as especificações do ato convocatório é avaliando sua exequibilidade face as disposições editalícias formuladas de acordo com o projeto básico.

Para Marçal Justen Filho¹⁰ não se trata de afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela que o preço seja o menor. Essa afirmativa é incorreta pois a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável.

As licitações de ‘melhor técnica’ e de ‘técnica e preço’, tratadas no art. 46, da Lei nº 8.666/1993, foram reservadas para situações especialíssimas, aplicando-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço.

É inegável que para aferir a exequibilidade de uma proposta, o Poder Concedente precisa conhecer bem o objeto. É com base na elaboração do projeto básico e no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) que o Poder Concedente conhece melhor o objeto e define os parâmetros que serão empregados para aferir, não somente a viabilidade da concessão, como também a exequibilidade das propostas de preço.

O argumento apresentado na denúncia é **pertinente no que tange a incoerência em fixar um valor máximo para tarifa que é menor do que o custo médio máximo**. O transporte coletivo possui características de um monopólio natural e nesse tipo de mercado que é naturalmente ineficiente do ponto de vista econômico, a maximização do bem estar social situa-se no ponto em que o preço cobrado se iguala ao custo médio.

A planilha de apropriação de custos para o lote 2 apresenta um custo por passageiro de R\$ 3,43 e o fluxo de caixa indica uma Taxa Interna de Retorno (TIR) de 6,24%. Como o estudo foi omissivo em apresentar uma boa estimativa de custo de capital das empresas operadoras do serviço, não é

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2014.

possível concluir de forma contundente se essa taxa é suficiente para remunerar o capital investido, mas há fortes indícios de que não é.

A única referência que se faz com relação a taxa de remuneração do capital que foi uma estimativa de 6,3711% baseada apenas no valor médio da Selic e do IPCA. Além da metodologia empregada ser questionável, ainda que essa taxa fosse admitida como uma estimativa adequada para a Taxa Mínima de Atratividade (TMA) utilizada para aferir a viabilidade econômica da concessão, está claro que 6,24% é menor do que 6,3711%, ou seja, *coeteris paribus*, com base nos elementos trazidos ao autos até então, o estudo indica que não haveria viabilidade econômica da concessão do lote 2 mesmo que a proposta vencedora não oferecesse nenhum deságio, isto é, fosse de R\$ 3,40.

Para equacionar isso não é preciso aumentar o valor máximo da tarifa, mas repensar os encargos que serão assumidos pela concessionária que prestará o serviço.

Como bem observado pela denunciante, **o estudo também não apresenta detalhes a respeito das isenções tributárias que influenciam a composição dos custos de operação do sistema.** Há, por exemplo, em alguns casos, a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas de óleo diesel de distribuidoras de combustível para prestadores de serviço de transporte rodoviário público de passageiros o que faz reduzir o custo com óleo diesel.

No que diz respeito a **mudanças na política tarifária**, vale destacar que os contratos de concessão são ajustes de longo prazo e assemelham-se ao que a literatura chama de contratos incompletos. Sendo assim, esse instrumento deve possuir algum grau de flexibilidade, desde que garanta as partes a manutenção dos seus direitos e obrigações.

Alterações na política tarifária ensejam a revisão do contrato. Essa revisão precisa observar o equilíbrio econômico-financeiro desse contrato. Sendo assim, sempre que houver uma alteração na política tarifária, deve-se avaliar seu impacto no equilíbrio econômico financeiro pactuado pelas partes.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



A licitação é o instrumento de que dispõe o Poder Concedente não somente para fixar um preço, mas para definir a equação econômico financeira que orientará as partes durante todo o período de vigência do contrato.

Embora o contrato tenha início a partir do valor da proposta vencedora, esse valor está sujeito a sofrer alterações ao longo da execução contratual desde que essas alterações não desvirtuem o objeto, não afrontem princípios e respeitem o direito das partes.

Diante das inconsistências supracitadas, conclui-se que **as informações contidas no edital e anexos não são suficientes para aferir a exequibilidade das propostas de preço e demonstrar a sustentabilidade do empreendimento**, o que compromete tanto a formulação de propostas por parte dos interessados quanto a busca pela proposta mais vantajosa ao interesse público.

c. Impropriedades relacionadas ao julgamento da proposta técnica

Denúncia:

A denunciante alega que os quesitos adotados pelo edital não refletem o julgamento da melhor proposta técnica.

Análise:

O art. 46 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que o julgamento das propostas observando a melhor técnica deve ser utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de engenharia consultiva em geral. Por outro lado, a Lei nº 8.987/1995 elencou em seu artigo 15 essa possibilidade. Todavia, não é porque a Lei admite essa possibilidade que seu uso deve ser indiscriminado. Para que seja possível selecionar propostas de acordo com a técnica empregada, é

preciso demonstrar que há pertinência entre o critério e a qualidade na prestação do serviço.

Não se pode falar que há uma vedação absoluta no uso do critério de melhor técnica em licitações de transporte coletivo, mas o que mais se tem visto é os licitantes utilizarem critérios que são pertinentes à etapa de habilitação para fins de pontuação das propostas ou então, utilizar critérios ora pouco objetivos, ora que não guardam relação com a prestação do serviço. Para atender ao propósito de aferir se o licitante possui capacidade técnica para prestar o serviço já existe a etapa de habilitação técnica.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que **os critérios elencados pelo instrumento convocatório para julgamento das propostas técnicas não são pertinentes para avaliar a qualidade técnica das propostas.**

Conforme previsto no Anexo 2 do edital, os critérios para avaliação da Proposta Técnica são (i) Idade Média da Frota; (ii) Redução do prazo definido para início da operação; (iii) Aproveitamento de Pessoal, atualmente trabalhando no Sistema de Transporte Coletivo de Cataguases; (iv) Quantidade de veículos 0 (zero) quilômetros.

Em relação aos *critérios Idade Média da Frota e Quantidade de veículos 0 (zero) quilômetros*, entende-se que não se trata de critérios adequados para aferir a melhor técnica, na medida em que não garantem ao usuário a permanência da qualidade na prestação do serviço ao longo de toda execução contratual.

Quanto à idade média da frota, não há irregularidade em exigir que o novo prestador possua uma frota mais nova do que a atual, desde que esse aspecto não comprometa a viabilidade econômico-financeira da concessão ou onere de sobremaneira a tarifa que é atualmente praticada no município. Como há indícios de que a concessão possui baixa atratividade econômica, o Poder Concedente precisa considerar em que medida essa redução na idade média da frota afeta a concessão.

Em consonância com os argumentos apresentados na denúncia, essa Unidade Técnica entende ser desarrazoado pontuar as propostas considerando a quantidade de veículos zero quilômetro que compõem a frota. Esses veículos perdem essa característica a partir do primeiro dia de prestação do serviço e não garante ao usuário a permanência da qualidade na prestação do serviço ao longo de toda execução contratual.

Esse é um exemplo útil para elucidar a questão da melhor técnica. Para que fosse possível se falar em melhor técnica em uma concessão, a característica precisaria ser algo atemporal, imanente a prestação do serviço, que se perpetua ou é mantido praticamente de forma inalterada ao longo do tempo. Nem mesmo a idade média da frota no momento da licitação seria um critério adequado para aferir a melhor técnica pois essa é uma característica muito volátil, que se altera facilmente.

Em relação ao critério *Aproveitamento de Pessoal, atualmente trabalhando no Sistema de Transporte Coletivo de Cataguases*, ainda que se alegue que tal quesito possa gerar benefícios relativos à geração de emprego e assimilação da força de trabalho do Município, trata-se de critério de julgamento que não guarda relação com a complexidade técnica do empreendimento e não reflete melhorias na prestação dos serviços em prol dos usuários.

Deve-se ter em vista que a demonstração de capacidade da empresa deve estar atrelada à utilização de pessoal e equipamentos por ela considerados adequados, uma vez que assumiria a conta e risco o negócio. Assim, esse item acabaria retirando, pelo menos em parte, a possibilidade da licitante utilizar sua própria expertise para prestar o serviço¹¹.

Em outro viés, o quesito ainda pode comprometer a isonomia dos licitantes no certame, pois, tendo em vista que o contrato de trabalho é um ato jurídico com atributo bilateralidade, e, portanto, depende da vontade dos

¹¹ Nesse sentido, foi citada entendimento do TCE-SC em análise do Edital de Concorrência Pública n.º 17/2012, citada disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/ICON_TCE_SC_ENA_Alysson_Mattje_2013_11_21.pdf. Acesso em: 07.04.2020.

contratados rescindir seu contrato com a operadora atual e realizar um novo contrato com a futura Concessionária, só a atual operadora teria condições de ser pontuada com nota máxima nesse quesito.

Para além disso, a obrigatoriedade da manutenção dos contratos de trabalho vigentes acaba por sujeitar a licitante vencedora a possíveis riscos na seara trabalhista, tais como a caracterização de sucessão trabalhistas, de forma que a adoção do 'aproveitamento de pessoal' como critério de avaliação das propostas técnicas **implicaria impor às novas licitantes a assunção prévia de passivos trabalhistas que elas sequer podem mensurar, favorecendo a atual prestadora de serviços e aumentando a percepção de risco para novos entrantes.**

Destaca-se, nesse aspecto, que, embora o enfrentamento da questão vá depender de circunstâncias concretas, o Tribunal Superior do Trabalho¹², já se manifestou pela configuração de sucessão trabalhista em situação semelhante:

SUCESSÃO DE EMPREGADORES. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. **RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA.** Discute-se nos autos a responsabilidade da sucessora em decorrência de sucessão trabalhista entre concessionárias de serviço público de transporte coletivo TURB e AUTOBUS, ocorrida no Município de Petrópolis-RJ. De acordo com o Regional, para a configuração da sucessão trabalhista, faz-se necessário que haja, entre a empresa sucessora e a sucedida, “liame jurídico direto entre ambas”, o que, no caso, não se constata, uma vez que inexistente nos autos prova de que a TURB, 4ª reclamada, tivesse alguma relação jurídica com a AUTOBUS, empregadora do reclamante. Assentou aquela Corte que a 4ª ré, **“TURB, vencedora da licitação, veio a assumir parte do estabelecimento e parte dos empregados da antiga**

¹² RR-1501-87.2012.5.01.0301, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 23/09/2016

permissionária, porém por força das condições estabelecidas pelo próprio edital de licitação e respectivo”.

Concluiu por afastar a responsabilidade da 4ª ré, Turb Transporte Urbano S.A., pelas obrigações trabalhistas devidas pela empresa sucedida ao autor. Não obstante o entendimento do Regional, os fatos delineados no acórdão recorrido permitem outro enquadramento jurídico. **No caso, verifica-se que está realmente configurada sucessão trabalhista, uma vez que o Regional afirmou, categoricamente, que a nova empresa concessionária, TURB, vencedora do processo licitatório, assumiu parte do estabelecimento e parte dos empregados da antiga permissionária, AUTOBUS, empregadora do reclamante, além de que o reclamante foi dispensado mais de três meses após a 4ª ré, TURB, assumir as atividades da antiga concessionária, ou seja, a sucessora utilizou-se da mão de obra do reclamante e deve responder por isso, “sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão” (item I da Orientação Jurisprudencial nº 225 da SBDI-1 do TST). Precedentes de Turmas. Recurso de revista conhecido e provido. (destaques acrescidos)**

Portanto, considera-se que esse critério não reflete o julgamento da melhor proposta técnica, além de comprometer a isonomia dos licitantes no certame.

Do mesmo modo, entende-se que o critério *Redução do prazo definido para início da operação* não reflete a qualidade técnica das propostas, além de favorecer a empresa que já presta serviços para o Município.

Por oportuno, reitera-se a manifestação exarada por esta Unidade Técnica no bojo da Denúncia nº 885.923, em que se considerou irregular quesito semelhante adotado como critério de julgamento no edital anterior:

4.32. Quanto ao prazo para assunção da operação, critério C de avaliação, embora reconheça-se o benefício para o usuário, não se trata de critério pontuável por técnica, uma vez que a



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Municipalidade, principalmente face à determinação da justiça para encerrar a prestação do serviço de forma precária, deveria estabelecer o marco impreterível para início da operação. Assim, o critério não procede. Porém deverá ser mantida a obrigatoriedade de as empresas apresentarem seus planos de execução para fins de fiscalização e controle posterior pelo município.

Conclui-se, portanto, que prosperam as alegações da denunciante no sentido de que **os critérios estabelecidos pelo edital não são adequados para o julgamento da melhor proposta técnica.**

Contudo, ao contrário do que defende o denunciante, **Tempo de Experiência também não é critério objetivo para diferenciar a proposta técnica dos licitantes.**

Com efeito, o fato de uma empresa ter experiência de 10 anos na prestação do serviço de transporte coletivo não indica que ela seja superior tecnicamente à outra que presta esse mesmo serviço há menos tempo.

Pondera-se que a exigência de atestados que comprovem tempo mínimo de experiência, ainda quando exigida apenas para fins de habilitação dos licitantes, deve ser vista com ressalvas e amparada em estudos técnicos consistentes que demonstrem sua necessidade, sob pena de configurar restrição à competitividade, consoante entendimento contido no Acórdão 2870/2018-TCU-Plenário, a seguir:

Por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as

necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade. Convém, também, que o órgão contratante sopesse os reflexos da restrição no desenvolvimento do setor do serviço pretendido.

Esclarece-se, ainda nesse aspecto, que os quesitos a serem utilizados para avaliação da melhor proposta técnica devem efetivamente avaliação da qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, práticas sustentáveis, recursos técnicos, tecnológicos, recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução.

A título elucidativo, oportuno se faz transcrever as lições de Maurício Portugal¹³ acerca da qualificação técnica nas licitações de concessões e PPP. Veja-se:

[...]

Para evitar essa situação, tem se desenvolvido a prática de se requerer, a título de melhor técnica, a comprovação do agente deter certificação, de entidades independentes, reconhecidas pelo mercado, que comprovem a capacidade efetiva de execução do objeto do contrato.

[...]

A acreditação e certificações do gênero são, pois, garantias que o parceiro privado, de fato, é capaz de prestar o serviço nos níveis de qualidade que a Administração Pública deseja adquirir, pois assegura não apenas que o participante da licitação tem a experiência atual, presente de prestação do

¹³Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-tecnica-nas-licitacoes-de-concessoes-e-ppp/>.

serviço, mas que esse serviço é continuamente prestado em um padrão de qualidade determinado.

Por fim, **embora esse aspecto não tenha sido impugnado pela Denunciante**, ressalta-se, em conformidade com o enunciado do Tribunal de Contas da União, que *nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa*¹⁴.

Não obstante, verifica-se que o instrumento convocatório define a composição da Nota Final do licitante conferindo peso maior à proposta técnica que à proposta comercial:

10.25. Esta licitação será julgada tendo como critério a combinação melhor nota técnica e do menor preço, conforme os seguintes pesos:

$$NF = 0,6 NPT + 0,4 NPP$$

Ocorre que o desbalanceamento entre os critérios de julgamento, privilegiando-se a técnica em detrimento do preço somente se justifica quando circunstanciadamente motivada, demonstrando-se que os pesos distintos não representam direcionamento, tampouco implicarão aumentos de preços indevidos em decorrência de pequenas vantagens técnicas.

Ora, se, em concessões para transporte coletivo, a complexidade do objeto, em regra, não é suficiente para justificar sequer a adoção do tipo *melhor técnica* como integrante do critério de julgamento, menos justificável ainda é a desproporção na pontuação atribuída aos critérios de técnica e preço.

¹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. 4a Edição - Revista, atualizada e ampliada. 2010.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Entende-se, assim, que **é irregular desproporção entre os critérios de julgamento tal como ocorre no presente edital, privilegiando-se a técnica em detrimento do preço, na medida em que pode favorecer o direcionamento, além de violar a busca pela proposta mais vantajosa.**

Conclusão:

Diante do exposto, conclui-se pela **procedência parcial** do apontamento 3.4 pelas razões a seguir:

- (i) O tipo menor tarifa é o mais adequado para o julgamento das concessões de transporte coletivo, diante de sua essencialidade e em respeito ao princípio da modicidade tarifária.
- (ii) Eventual adoção do critério de julgamento melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica deve representar melhorias na qualidade da prestação dos serviços aos usuários e, à luz do art. 18, II, da Lei nº 8.987, ser justificada pela Administração.
- (iii) As informações contidas no edital e anexos não são suficientes para aferir a exequibilidade da proposta de preço e a sustentabilidade da concessão, comprometendo a formulação de propostas por parte dos interessados, obstando a busca pela proposta mais vantajosa e prejudicando o interesse público.
- (iv) Os critérios elencados pelo instrumento convocatório para julgamento das propostas técnicas não são pertinentes para avaliar a qualidade técnica das propostas.
- (v) É irregular a desproporção entre os critérios de julgamento, privilegiando-se a técnica em detrimento do preço.

3.5. Outras exigências inapropriadas e ilegais

a. Da exigência de Plano de Mobilização da licitante vencedora e da ausência de Plano de Mobilidade Urbana pelo Município de Cataguases.

Denúncia:

A denunciante alega que a definição do tipo de veículo por linha será feita apenas após a concessionária vencedora apresentar o Plano de Mobilização. Diz que isso demonstra despreparo técnico da Administração e que essa definição deveria ter sido feita por meio de estudo prévio.

Diante desse fato, entende que a ausência desse estudo técnico resulta em impropriedades sobre a operacionalização do sistema. Alega que o Plano de Mobilização atua no sentido de suprir uma falha da administração em estabelecer regras de operacionalização do sistema diante da falta de um Plano de Mobilidade Municipal.

Análise:

O edital em sua cláusula 15.2.4 dispõe o seguinte:

15.2.4. Assinado os contratos, as Concessionárias deverão apresentar, em um prazo máximo de 15 (quinze) dias, a contar da assinatura, Plano de Mobilização para o início da operação.

15.2.5. O Plano de Mobilização deverá conter, sem prejuízo de outras informações julgadas oportunas pelo Município, as seguintes informações:

15.2.5.1. Indicação das instalações de garagem que serão utilizadas ou ações e cronograma relativo à viabilização destas instalações;

15.2.5.2. Ações e cronograma relativos ao fornecimento da frota de ônibus;



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



15.2.5.3. Ações e cronograma relativos ao provimento da equipe profissional necessária à execução dos serviços;

Da leitura dessa disposição editalícia percebe-se que o Plano de Mobilização não possui nenhuma relação direta com o Plano de Mobilidade Urbana pelo Município de Cataguases, entretanto, isso não afasta a irregularidade que se verifica na ausência de um Plano de Mobilidade Municipal.

Segundo a Lei nº 12.587/2012:

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I - planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;

Essa Lei ainda diz o seguinte:

Art. 24. O Plano de Mobilidade Urbana é o instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana e deverá contemplar os princípios, os objetivos e as diretrizes desta Lei, bem como:

I - os serviços de transporte público coletivo;

(...)

§ 1º Em Municípios com mais de vinte mil habitantes e em todos aqueles que integrem regiões metropolitanas, regiões integradas de desenvolvimento econômico e aglomerações urbanas com população total superior a um milhão de habitantes, deverá ser elaborado e aprovado o Plano de Mobilidade Urbana, integrado e compatível com os seus planos diretores e, quando couber, com os planos de desenvolvimento urbano integrado e com os planos metropolitanos de transporte e mobilidade urbana. (Redação dada pela Medida Provisória nº 906, de 2019).

Segundo dados do IBGE, a população estimada em 2019 para o Município de Cataguases foi de 75.123 habitantes, isto é, nos termos da Lei de Mobilidade Urbana, o município precisa elaborar o seu o Plano de Mobilidade Urbana.

Não se pode afastar ainda o argumento do denunciante de que a falta de um Plano de Mobilidade Urbana afeta a elaboração do projeto básico da concessão implicando em deficiências com relação a definições elementares tais como o tipo de veículo que vai ser utilizado por linhas e como essas linhas serão organizadas.

Por mais que se reconheça que o agente privado que ingressa nessa relação jurídica que caracteriza a concessão passa a atuar como um parceiro da Administração, inclusive no aprimoramento da política pública que a concessão integra, a ausência de um Plano de Mobilidade compromete bastante a qualidade do planejamento e, conseqüentemente, da formulação da proposta.

Segundo Ferraz¹⁵ (2005) o legislador da Lei de Concessões exigiu do Poder Concedente, para que proceda à outorga, um ato externando seus motivos (art. 5º da Lei nº 8.987/1995), pelo qual deve ficar claro, por exemplo, a conveniência da outorga da concessão. Esse ato deve demonstrar como que a delegação do serviço ao particular por meio de uma concessão é capaz de atender o interesse público. Dessa forma, a justificativa do artigo 5º, para outorga da concessão, vincula a Administração Pública, de sorte que se os motivos alegados forem inexistentes ou forem inverídicos, isto levará necessariamente à nulidade da outorga da concessão.

Uma nova concessão para o transporte coletivo municipal não pode estar descompassada da política local de mobilidade urbana que, de acordo com a

¹⁵ FERRAZ, Luciano. Tribunal de Contas – Controle de Serviço Concedido. III Seminário de Direito Administrativo Controle das Políticas Públicas Proteção do Usuário Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos Serviços Concedidos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 239: 439-455, Jan./Mar. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43-876/44734>>. Acesso em: 29 mar. 2020

legislação correlata, deve ser delineada pelo Plano de Mobilidade Urbana que atualmente inexistente para o Município de Cataguases.

O projeto básico foi elaborado com base em premissas que não refletem a forma na qual o serviço será prestado pela empresa que assumirá a concessão. Há indefinições com relação a elementos essenciais tais como organização das linhas (diametral ou radial), tipos de veículos por linha e tecnologias que deverão ser implementadas.

Por mais que o processo referente à denúncia 886.037 tenha sido extinto sem resolução do mérito, uma vez que o poder concedente revogou o edital que foi objeto da denúncia, o relatório técnico de 20/08/2015 apontou que a decisão no âmbito do processo judicial nº 0115370-02.2012.8.13.0153 anulou a Concorrência Pública 003/2012 deste mesmo município por razão similar e que se repete aqui.

Aquele edital fazia uma exigência símile ao que prevê o edital atual, o qual obrigava a empresa vencedora do certame apresentar uma proposta de reestruturação do sistema até o 24º mês do contrato. A decisão judicial entendeu que essa disposição tornava o projeto básico impreciso. Aduziu que de acordo com a Lei 12.587/2012 (Lei de Mobilidade Urbana) o município já deveria possuir o seu Plano de Mobilidade Urbana.

Esse continua sendo o entendimento dessa Unidade Técnica, isto é, para que seja feita a concessão, antes de tudo é preciso elaborar um projeto básico que se encontre alinhado com o plano de mobilidade do município.

b. Da exigência de bilhetagem eletrônica em afronta à Lei Municipal

Denúncia:

A denunciante se insurge contra a exigência do edital de implantação de Bilhetagem Eletrônica sob o argumento de que a Lei Municipal nº 2943/2000, em



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



vigor, proíbe a instalação de “catracas eletrônicas” e, portanto, o sistema de bilhetagem eletrônico previsto no edital não poderia ser utilizado.

Argumenta, ainda, que a implantação dessa tecnologia teria impactos no custo tarifário não demonstrados.

Análise:

Entende-se por Sistema de Bilhetagem Eletrônica a cobrança automática do preço da respectiva tarifa do transporte público coletivo urbano de passageiros por meio do uso de cartão inteligente, para o controle do acesso do passageiro e a liberação das catracas eletromecânicas dos ônibus, de terminais de integração e de demais pontos de transferência ou transbordo dotados de infraestrutura para o pré-embarque.

Nota-se, assim, que a implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica, ao permitir o acesso automático dos usuários mediante a utilização dos cartões, está intrinsecamente ligada à utilização de catracas eletrônicas, o que vai de encontro ao disposto no art. 1º da Lei Municipal nº 2.943/2000, que assim estabelece:

Art. 1º Fica proibida a instalação das denominadas "catracas eletrônicas" nos ônibus utilizados no transporte público coletivo municipal.

Considerando que essa lei está em vigor, entende-se que para a implantação do sistema de bilhetagem eletrônica seria **necessária sua revogação expressa ou a edição de uma lei regulamentando o sistema e autorizando o uso da catraca eletrônica.**

Já em relação à ausência de demonstração do impacto da implantação dessa tecnologia na modelagem, nota-se que **faltam especificações essenciais à formulação de propostas e análise da viabilidade do empreendimento.**

Em que pese o edital estabeleça um detalhamento dos requisitos do Sistema de Bilhetagem (Anexo I.c) e preveja um custo estimado para sua implantação, **não há indicação de quais foram os parâmetros adotados para a estimativa dos custos para implantação, manutenção e operacionalização do Sistema de Bilhetagem.**

Do mesmo modo, o edital estabelece que deverá ser implantado um sistema de Biometria Facial (Anexo Ic), **mas não especifica o custo estimado nem como se dará essa implantação.**

Para além disso, destaca-se que o edital estabelece em seu Anexo I.c que *as Concessionárias vencedoras dos lotes 1 e 2 do Transporte Coletivo Urbano de Cataguases deverão firmar um Consórcio Específico para a aquisição, implantação e gestão do Sistema de Comercialização-SCO e do Sistema de Acompanhamento da Operação e Informação ao Usuário-SÃO*, **mas não apresenta um detalhamento de como os custos e receitas serão repartidos entre as concessionárias.**

Ademais, o Anexo I.c estabelece que a *receita líquida decorrente dos créditos de viagem não revalidados será mantida na Conta Corrente do Sistema, podendo ser aplicada no mercado financeiro e cujo resultado será considerado receita do Sistema de Transporte Coletivo de Cataguases e serão utilizadas para garantir a observância do princípio da modicidade tarifária no momento de revisão da tarifa*, mas não **há especificações relacionadas aos mecanismos de controle dessa receita que possam garantir sua aplicação em modicidade tarifária.**

Assim sendo, conclui-se pela **procedência** do apontamento, diante das contradições e inconsistências relacionadas à implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica.

c. Da exigência de garagem dentro do Município

Denúncia:

A denunciante se insurge contra o item 2.3.1 do edital, que exige instalação de garagem com as especificações contidas no Anexo Id, no prazo de 180 dias e nos limites do Município de Cataguases.

Análise:

O instrumento convocatório versa sobre instalação de garagens nos seguintes termos:

2.3.1. As Concessionárias deverão instalar, no prazo de mobilização para os serviços, e manter, durante todo o período da concessão, garagens próprias ou locadas, **dentro dos limites territoriais do Município de Cataguases**. Devendo conter instalações adequadas para abrigar e efetuar a manutenção dos veículos, bem como as atividades administrativas, nas condições previstas em Anexo a este Edital.

Entende-se, contudo, que **a regra editalícia que limita a localização das garagens à circunscrição do município se revela restritiva, devendo ser admitida a instalação de garagens em municípios limítrofes, porquanto se trate de uma decisão que esbarra na flexibilidade gerencial que parceiro privado deve ter para reformular a gestão econômica do empreendimento**.

Sob essa perspectiva, a limitação geográfica não se mostra razoável, uma vez que a análise acerca dos custos e da logística deve ser feita pelo próprio interessado quando da formulação de suas propostas.

A propósito, registra-se que esta Corte já se manifestou de outras oportunidades no sentido de que a exigência nesses termos prejudica a competitividade do certame¹⁶. Veja-se:

¹⁶ Denúncia 880439 – Rel. Cláudio Terrão.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



A esse respeito, assim me manifestei quando da concessão da tutela provisória:

As instalações de garagem do concessionário poderiam estar localizadas nas circunscrições dos municípios limítrofes, o que favoreceria a competitividade no procedimento de outorga, sem comprometer a prestação do serviço.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que é irregular a cláusula de edital que exige disponibilização de instalação necessária à obra de pavimentação em local específico. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão:

A Lei 8.666/93, na seção que trata da habilitação dos licitantes interessados, veda exigências relativas à propriedade e localização prévia de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico (art. 30, § 6º). O fundamento dessa vedação repousa nos princípios da isonomia e da impessoalidade. A restrição editalícia (exigência de disponibilidade de usina de asfalto localizada no raio de até 80 km do centro geométrico da obra) é manifestamente ilegal porque frustra o caráter competitivo do certame, ou seja, restringe a disputa às empresas situadas nas mediações da obra. (REsp 622.717/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 239).

Conforme já dito, a garagem utilizada para a guarda dos veículos poderia, perfeitamente, estar localizada em Municípios vizinhos a Santa Luzia, tais como Belo Horizonte e Sabará. Caberia aos interessados verificar a viabilidade econômica de possuir o imóvel em uma localidade fora do Município-sede e, assim, decidir pela participação, ou não, no procedimento licitatório em questão. (destaques acrescidos)

Observa-se que o parágrafo 6º da Lei 8.666/93 veda a determinação de local específico para as instalações, pois tal exigência foge à finalidade de



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



comprovar a capacitação técnica da empresa para o serviço e restringe a competitividade da licitação, conforme a seguir:

Art.30. (...)

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, **vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.**

Dessa forma, considera-se **irregular** a limitação geográfica imposta pelo item 2.3.1 edital, que restringe a instalação de garagem à circunscrição do município, na medida em que contraria o art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93, e frustra o caráter competitivo do certame.

Conclui-se, portanto, pela **procedência** do presente apontamento.

d. Dos investimentos exigidos e da ausência de clareza e objetividade na previsão de reversão ao Município

Denúncia:

O denunciante alega que a disposição editalícia que diz que todas as benfeitorias e qualquer outra obra de infraestrutura se reverterão em favor da Administração ao término do contrato é contrária ao posicionamento deste Tribunal de Contas pois, de acordo com esse posicionamento, seriam reversíveis apenas aqueles indispensáveis à continuidade da prestação do serviço.

Análise:

O artigo 18, incisos X e XI, da Lei n. 8.987/1995 dispõe o seguinte:



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

Os bens reversíveis são elementos fundamentais para o *valuation* do negócio por parte de quem fará os investimentos. Se os bens da concessão são reversíveis, quer dizer que o modelo precisa considerar que todos os investimentos serão amortizados (inclusive possíveis reinvestimentos) dentro do período de vigência do contrato. O Acórdão 2.142/2019 do TCU que tange esse assunto diz o seguinte:

A importância da reversibilidade de bens também deriva do fato de a conservação dos ativos e o seu efetivo controle garantirem a atualidade e a continuidade de um serviço público essencial, mesmo após o término de um contrato de concessão, já que **esses bens, nesse caso, serão devolvidos à União, que eventualmente terá de indenizar as concessionárias pelos investimentos por elas realizados que ainda não tenham sido amortizados.**

Uma vez que os bens reversíveis podem resultar na necessidade de indenizar a concessionária, caso demonstre haver investimentos não amortizados, o edital precisa dispor mais detalhadamente como esses investimentos serão feitos, amortizados e fiscalizados.

O edital não pode dispor de forma genérica sobre esses bens pois qualificar um bem da concessão como reversível significa dizer que sua propriedade será transferida para a Administração ao término do contrato. Por assim dizer, é preciso que sejam especificadas as características de aquisição, gestão e manutenção desses bens ao longo do período de concessão e detalhar em que condições será realizada a transferência da propriedade de cada um desses bens com a extinção do contrato.

e. Da exigência de garantia contratual desproporcional ao valor estimado da contratação

Denúncia:

A denunciante se insurge contra a exigência de garantia contratual. Argumenta que o instrumento convocatório exige para a formalização do contrato uma garantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sem fazer qualquer distinção entre os dois lotes, que têm valor econômico diferenciado de acordo com o Anexo V.

Defende que o valor estimado para o contrato deve ser correspondente ao valor dos investimentos a serem realizados e que a garantia do contrato deve guardar proporção com o valor desses investimentos em relação a cada lote.

Análise:

Destaca-se que o edital em análise trata do valor estimado para o contrato de concessão nos seguintes termos:

3. DO VALOR ESTIMADO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

3.1. Os valores do contrato de concessão, estimados pelo Município de Cataguases/MG, conforme previsão de custo apresentado pelo Estudo Técnico que embasa o presente Edital,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



levará em consideração o valor do patamar máximo da tarifas em R\$ 3,40 (três reais e quarenta centavos), bem como a quantidade de passageiros estimada para o início de operação dos serviços, são os seguintes:

3.1.1. Para o Lote 1:

§ Valor médio anual estimado da arrecadação do contrato de concessão é de R\$ R\$ 8.632.872,00 (oito milhões, seiscentos e trinta e dois mil, oitocentos e setenta e dois reais);

§ Valor global estimado da arrecadação dos 10 anos do contrato de concessão é de R\$ R\$ 86.328.720,00 (oitenta e seis milhões, trezentos e vinte e oito mil, setecentos e vinte reais).

3.1.2. Para o Lote 2:

§ Valor médio anual estimado da arrecadação do contrato de concessão é de R\$ 9.226.308,00 (nove milhões, duzentos e vinte e seis mil, trezentos e oito reais);

§ Valor global estimado da arrecadação dos 10 anos do contrato de concessão é de R\$ R\$92.263.080,00 (noventa e dois milhões, duzentos e sessenta e três mil e oitenta reais).

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a relevância da correta definição do valor de um contrato de concessão, de modo que se atenda às condições de segurança da contratação, sem restringir a competitividade.

Antes de tudo, nota-se que esses valores foram fixados em termos nominais, ignorando os efeitos do valor do dinheiro no tempo na medida em que os valores não foram trazidos a valor presente. Como explica Aswath Damodaran:

O valor temporal do dinheiro é fundamental nas finanças corporativas, visto que somos chamados para analisar projetos que geram fluxos de caixa por vários anos a avaliamos ativos com as mesmas características. Por que preferimos um dólar hoje a um dólar no futuro? A primeira razão é que a presença da inflação reduz o poder de compra do dólar ao longo do



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



tempo; a segunda é o desejo por consumo agora, em relação ao consumo no futuro; o componente final é a incerteza quanto a efetivamente receber o dólar no futuro. Esses três fatores são mensurados em uma taxa de desconto.

Podemos tomar duas medidas básicas ao calcular o valor temporal do dinheiro. A primeira é a capitalização, por meio da qual examinamos quanto um dólar hoje vai valer no futuro, quando esse dólar é investido para obter uma taxa de retorno. Ao descontar, revertemos o processo e perguntamos quanto um dólar no futuro vai valer hoje. Ao descontar fluxos de caixa até o presente, somos capazes de tornar comparáveis fluxos de caixa que recebemos em diferentes épocas ao longo do tempo.

Assim, para que se possa fazer a equivalência de valores posicionados em datas diferentes de modo que seja possível fazer comparações é remendável trazê-los a valor presente. Esse procedimento de trazer a valor presente altera significativamente o valor caso fosse considerado apenas a soma de parcelas ao longo do tempo.

O Poder Concedente pode exigir do licitante e do futuro contratado dois tipos de garantias distintas, quais sejam, a garantia de proposta nos termos do art. 31, III da Lei nº 8.666/93 e a garantia de execução do contrato nos termos do art. 56 da referida lei.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e §1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

(...)

§2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

(...)

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, **poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.**

§1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§2º A garantia a que se refere o caput deste artigo **não excederá a cinco por cento do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, **o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.** (grifamos).

Enquanto a garantia de proposta está limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação, a garantia de execução do contrato está limitada a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo esse limite, desde que demonstrado através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, ser ampliado para 10% (dez por cento).



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Tendo isso em vista, não se pode olvidar que o valor estimado para o contrato guarda estreita relação com os requisitos de qualificação econômico-financeira, com a garantia da proposta e com a garantia contratual. Assim, se for superavaliado, poderá ensejar restrições à competitividade do certame, ao passo que, se for subavaliado, a depender dos riscos do contrato, poderá levar a Administração a contratar com quem não disponha de capacidade financeira para assumir os compromissos previstos no ajuste.

Nesse fluxo de ideias, a estipulação do valor do contrato deve observar as características singulares de cada concessão, tomando-se os devidos cuidados para se evitar o estabelecimento de exigências de garantias que limitem o universo de licitantes, além de assegurar que o contratado futuro seja capaz de fazer frente às obrigações decorrentes do contrato.

Quanto à variável que melhor definiria o valor da contratação, destaca-se que não há na legislação a imposição de uma metodologia específica para o cálculo do valor estimado para o contrato.

Contudo, tem-se entendido que, em licitações para concessão de serviços públicos essenciais, **a estipulação do valor do contrato deve ser determinada com base no montante a ser investido pelo concessionário e não com base nas receitas tarifárias previstas para todo o prazo de concessão.**

No Tribunal de Contas da União (TCU), embora seja aceito que o valor dos contratos de concessão seja estabelecido com base no valor presente da soma das receitas estimadas que serão auferidas pelo concessionário, há um claro dissenso entre os Ministros com relação ao tema. A exemplo disso cita-se o voto do Exmo. Ministro do TCU, Sr. Walton Alencar Rodrigues, relator do processo 016.243/2000-0. Nessa oportunidade ele disse o seguinte no âmbito da Decisão 587/2001 – Plenário:

O critério adotado nesse caso é o que melhor se presta a realizar os objetivos perseguidos pela Administração. Essa é a regra que tem de ser obedecida. **O critério de valor do contrato de**

concessão de rodovias não tem de curvar-se à tradição ou à regra de tomar o valor do contrato como valor da receita auferida pelo contratado. Via de regra, o contratado é remunerado pela administração e o valor do contrato é o valor do bem ou do serviço que entrega para a administração. **O contrato de concessão de rodovia é totalmente diferente nesse aspecto.** A remuneração é variável e provém dos usuários da rodovia.

Como o valor do contrato é relevante para a exata determinação do valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes, para garantir a capacidade econômico-financeira de executá-lo, e o **objeto executado, que consome recursos financeiros, é justamente o volume de investimentos na rodovia, nada mais lógico seja esse o indicativo do valor do contrato para fins de dimensionamento da garantia exigida.**

Da mesma forma que a receita estimada compõe a equação econômico-financeira do contrato, também **o volume de investimentos a integra e é tão ou mais importante, porquanto a receita é variável, incerta, estimada, projetada e integra o risco do negócio.** O volume de investimentos, uma vez assinado o contrato, é de cumprimento obrigatório.

A redução do valor do contrato com esse novo critério não põe em risco a execução do contrato. (grifamos).

É pertinente notar que a discussão girava em torno dos limites legais para exigência do patrimônio líquido mínimo, todavia, a lógica é a mesma já que o que se discute é qual deveria ser o valor do contrato em concessões de serviços públicos e esse parâmetro baliza uma série de outros aspetos do contrato, como, por exemplo, o valor das garantias. O Acórdão do TCU nº 1366/2003 – Plenário resultante desse processo então determinou o seguinte:

8.1.11. nos próximos editais de licitação:

(...)



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



8.1.11.2. reduza o percentual de capital mínimo ou do valor do patrimônio líquido a ser exigido dos licitantes, a que se refere o § 3º do inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93, de forma a que o valor absoluto dele resultante seja compatível com a soma dos investimentos a serem realizados durante todo o período da concessão; (...)'.

Cabe salientar que assim foi determinado por entender que a aplicação direta do disposto nos termos do art. 31, § 3º, da Lei nº 8.666/93 para fins de exigência do valor mínimo de patrimônio líquido a ser comprovado pelos licitantes com base no valor do contrato tendo este sido fixado a partir do valor da remuneração auferida pelo contratado seria um critério desproporcional.

Já o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) consolidou sua jurisprudência no sentido de divergir desse posicionamento do TCU já que no âmbito dos processos em que esse assunto é objeto de contestações, entende que os valores dos contratos de concessão devem ser estabelecidos com base nos investimentos previstos, e não nas receitas estimadas. Quanto a isso, o posicionamento do TCE/SP parece ser mais assertivo nesse sentido, seja pela vanguarda que o Estado de São Paulo assumiu no cenário nacional na realização de concessões, seja pela própria lógica desse interna do seu posicionamento.

É que a estipulação do valor do contrato e, por conseguinte, a fixação dos requisitos de qualificação econômico-financeira, a exemplo da garantia de execução contratual, com base na remuneração prevista para a exploração do serviço público como um todo pode alijar a participação de sociedades com situação líquida menor, especialmente nos casos em que o valor da garantia de proposta e de execução contratual é calculado exclusivamente com base no valor estimado das receitas tarifárias. Isto porque o valor do contrato mais alto pode significar uma significativa barreira à entrada de novos interessados, frustrando o caráter competitivo do certame e potencialmente, por consequência, obstruindo o alcance do objetivo precípua dos processos licitatório que é a de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Quando o valor do contrato de concessão é fixado com base nas receitas estimadas do futuro concessionário, tem-se como consequência a exigência de uma garantia superior à que seria razoável para proteger o Poder Concedente do risco de inexecução dos investimentos, o que, além de ser precificado no valor final da proposta econômica dos licitantes, pode eventualmente afastar potenciais interessados que, ainda que tivessem interesse em participar do certame, acabariam não o fazendo devido ao alto custo relacionado com a obtenção destas garantias.

O Exmo. Conselheiro do TCE/SP, Sr. Robson Marinho, no âmbito do processo nº TC-3192/989/13-5 deflagrado face ao edital de concorrência nº 05/2013 para outorga de concessão do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros no Município de Jandira em seu voto expressou-se no seguinte sentido:

[...] quanto maior for o valor estimado do contrato, maior será a exigência de capacidade econômica e financeira, de modo a garantir que o futuro contratado reúne as condições necessárias para arcar com suas obrigações. (grifamos)

No caso presente, estimou-se o valor do contrato unicamente a partir da expectativa de receita a ser auferida durante todo o prazo da concessão.

Mas, em contratos de concessão de transporte coletivo, o que importa é saber se, independentemente das receitas esperadas, o particular dispõe, no momento da licitação, das condições econômicas e financeiras necessárias para que o serviço concedido funcione a contento. Em caso análogo, já me pronunciei nesse sentido (TC-30775/026/11, Plenário, sessão de 09/11/2011), *in verbis*:

(...) tal raciocínio decorre da ausência de qualquer ligação lógica entre a idoneidade financeira a ser comprovada com o valor total a ser auferido pela concessionária, ao contrário do que ocorre **quando se avaliza a real capacidade da realização**

do objeto contratual, tendo por premissa os investimentos que deverão ser realizados (...).”

No mesmo sentido, lembrou o MPC, vale conferir os seguintes arrestos: TC-10217/026/11, TC-27264/026/10 e TC27850/026/10.

Assim, o valor do contrato de concessão de transporte coletivo deve ser estimado em função dos investimentos a serem feitos pelo particular. (grifo no original)

Não ignoro que, **em alguns casos especiais, pode-se admitir que o valor estimado do contrato leve em consideração as receitas a serem futuramente percebidas em função da exploração da concessão, mas limitadas estas a um exercício financeiro, e desde que se reconheça elevada complexidade no serviço a ser concedido e a necessidade de investimentos futuros, muitas vezes imprevisíveis;** como comumente ocorre em contratos envolvendo serviços dependentes de infraestrutura.

Vale ressaltar que embora o referido processo estivesse discutindo a estipulação do valor do contrato para fins de parâmetro de referência para qualificação econômico-financeira, essa mesma lógica é extensível para fins de aplicação dos limites para as garantias de proposta e execução.

Nesse sentido, destacamos elucidativo trecho da doutrina de Marçal Justen Filho¹⁷ acerca desse tema mencionada no voto da Conselheira Relatora Doutora Cristiana de Castro Moraes, do Processo TC nº 000815/013/096¹⁸:

Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquido mínimos. (...) O art. 31, §3º da Lei 8.666/93 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor da contratação. Tem

¹⁷ In “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. São Paulo. Editora Dialética. 3ª Reimpressão. 2003.

¹⁸ Embora o raciocínio do autor esteja pautado na relação entre o valor do contrato e as exigências de capital social ou patrimônio líquido mínimo, *mutatis mutandis*, pode ser estendido à definição do valor da garantia de proposta e de execução contratual.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado de desembolsos. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões).

Nesse sentido, tem se firmado a jurisprudência de outras Cortes de Contas¹⁹, conforme se verifica na Orientação Interpretativa do MPC-SP nº 1.31, a seguir:

OI -MPC/SP n.º 01.31:Na licitação para a concessão de serviço público, a exemplo do transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico -financeira, tais como a garantia contratual, a caução participativa e a comprovação do capital social integralizado, devem ter como referência o montante dos investimentos a serem realizados pela concessionária.

¹⁹ Nesse sentido, destaca-se os seguintes julgados exarados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: TCs 29349/026/09, 29529/026/09, 34871/026/09, 784/010/09, 785/010/09, 29697/026/07, 3194/003/11, 39965/026/11 e 192/989/12; 52/008/08 e 866/989/12.

Na sessão do dia 31 de maio de 2011, a Segunda Câmara do TCE/SP ao julgar o processo nº TC-017562/026/07²⁰, considerou irregular a concorrência e o contrato para concessão do serviço de Transporte Coletivo Urbano Municipal firmado entre a Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul e a empresa VIPE – Viação Padre Eustáquio Ltda. Em seu o Relator expressou o seguinte:

Irregular a fixação das garantias de participação, contratual; e do patrimônio líquido admitido para qualificação econômica dos licitantes, calculados com base no valor do contrato (faturamento previsto para todo o período de concessão – dez anos). Invoco, por completamente adequada ao caso concreto, manifestação do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa nos autos dos processos TC-016132/026/09 e TC-016229/026/09 em sessão Plenária de 17/06/09:

“E aqui, Senhores Conselheiros, reforçam a opinião da SDG2 os critérios estabelecidos no inciso XV, do artigo 18 da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos: “nos casos de concessão de serviços públicos **precedida da execução de obra pública**, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, **bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra**” (grifei);

Obviamente, o presente certame não envolve obra pública, mas o conceito enraizado pelo dispositivo bem delimita o alcance das exigências de garantia quando o objeto da **concessão de serviço público implicar necessidade de investimentos** por parte do futuro contratado.

A lógica desse dispositivo faz crer que as exigências destinadas à garantia do adimplemento do contrato de concessão de serviços públicos devem ser proporcionais ao

²⁰ https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/024_e_025-m-der-tc-017562-026-07tc-045038-026-07_ro-pm-scs-aac.pdf

volume do investimento a ser efetuado pelo concessionário, por essa razão não fazendo sentido atrelá-las ao valor da arrecadação projetada.

Assim sendo, nem a projeção do valor do contrato por cinco anos, nem aquela vinculada ao período de 12 (doze) meses, podem subsistir no caso presente, devendo a Administração projetar o valor dos investimentos necessários para, com essa base, estipular a proporção efetiva da qualificação econômico-financeira dos licitantes.” (sublinhei negritos no original).

Em complemento, cabe ilustrar a restrição à competitividade trazida pelo equivocado parâmetro adotado, comparando-se o valor total estimado da contratação (item 8.3.1), da ordem de R\$ 117.809.280,00, com os investimentos, previstos (item 8.3.2) no montante de R\$ 12.568.000,00.

O assunto ganhou tamanho relevo para o TCE/SP que a Súmula nº 43²¹ foi editada na qual fica estabelecido o seguinte:

Na licitação para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira devem ter como base de cálculo **o valor dos investimentos devidos pela concessionária.**

Da interpretação dessa Súmula, embora essa não tenha sido sua literalidade, é possível concluir que, para manter a coerência dessa determinação em consonância com outras disposições da Lei 8.666/93, tomando o valor dos investimentos devidos pela concessionária como sendo o valor estimado do objeto da contratação, o valor do contrato também deveria ser este.

Assim sendo, em que pese essa Coordenadoria já tenha admitido que a estipulação do valor estimado para os contratos de concessão fosse feita com base nas receitas tarifárias, entende-se que esse posicionamento tem o potencial

²¹ <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/resolucao/resolucao-052019/sumula-43>.

de restringir a participação de interessados por aumentar a base de aplicação dos limites legais.

Nesta linha de raciocínio, como demonstra Canever²² (2016), o que se mostra mais razoável é que o valor do contrato seja baseado no montante dos investimentos de capital e operacionais efetivamente necessários para a execução adequada dos serviços, muito mais do que as receitas estimadas.

Não obstante se tenha ciência de que o TCU em muitos casos admite que o valor do contrato seja estipulado a partir da estimativa de receita tarifária e, por consequência, que os limites para as garantias de proposta e de execução do contrato sejam fixadas com base nessa referência, como foi demonstrado, há alguma divergência entre seus Ministros. Assim, não dá para se falar em jurisprudência assente sobre o tema na esfera Federal.

Por mais que se possa alegar que não há uma definição legal e clara de qual seria precisamente o valor do contrato, o que permitiria concluir que essa definição se insere nos limites de discricionariedade do Administrador, é preciso recorrer à razoabilidade e aos paradigmas técnico-científicos existentes para que não se elabore certames licitatórios que, por imprecisão na interpretação das normas legais aplicáveis, conduzam a frustração na satisfação do interesse público por inobservância à economicidade.

É preciso deixar claro que, por não haver previsão legal ou consenso doutrinário, realmente nada impede que, do ponto de vista jurídico, o valor do contrato seja fixado com base na estimativa de receita auferida pelo concessionário, inclusive que seja expresso da forma nominal, mas como a garantia de execução está atrelado a esse valor e isso afeta a precificação da proposta, então a razoabilidade do critério torna-se um parâmetro relevante para avaliar a economicidade dessa escolha.

²² <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/conteudo-material-equilibrio-economico-financeiro-de-contratos-de-concessao>.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Como a garantia de execução destina-se ao ressarcimento de custos e despesas que seriam incorridos face ao potencial inadimplemento das obrigações assumidas pela concessionária, o seu valor precisa guardar proporção com essas obrigações. Em suma, essas obrigações são os investimentos que ela realiza e a contínua prestação do serviço público objeto do contrato. O inadimplemento da obrigação da concessionária nesse caso seria não fazer os investimentos ou deixar de prestar o serviço de acordo com o nível de serviço contratado. Percebe-se com isso que, a garantia de execução do contrato guarda relação muito mais intrínseca com os dispêndios da concessionária do que com o seu potencial de arrecadação de receitas que é oriunda das tarifas.

Assim, ainda que se possa argumentar que, no caso da garantia de execução do contrato, o seu cálculo precise ser necessariamente feito com base no valor do contrato de concessão, o que, de acordo com o raciocínio exposto acima, enseja um potencial excesso de garantia, quando comparado com o valor necessário para garantir a execução do contrato de concessão, o fato é que não se pode alegar aspecto restritivo à participação no certame, uma vez que a garantia de execução somente será prestada pelo vencedor da licitação. Ainda assim, no entanto, mesmo que seja legal, é inegável que a exigência de uma garantia superior ao valor que seria economicamente razoável exigir estará onerando o usuário ou a Administração Pública, a depender da espécie de concessão e do critério de julgamento da licitação que precedeu à assinatura do respectivo contrato.

Nesse panorama, entende-se que o valor estimado para a presente contratação deve ser refeito, a fim de que a fixação de requisitos de qualificação econômico-financeira, a exemplo da garantia de execução contratual, seja estabelecida considerando o montante a ser investido pelo concessionário.

Conclui-se, portanto, pela **procedência** do presente apontamento.

f) Da exigência de Constituição de Consórcio entre as vencedoras dos lotes 1 e 2 e transferência da responsabilidade de estabelecer sistema de compensação tarifária

Denúncia:

A denunciante questiona a exigência de que as empresas vencedoras de cada um dos lotes licitados constituam um consórcio com o objetivo de ajustar entre si um sistema de compensação de tarifas.

Entende inclusive que essa disposição além de ferir o caráter competitivo da licitação, ainda representa uma transferência da incumbência do município ao licitante vencedor.

Análise:

O edital determina que as empresas vencedoras de cada um dos lotes constituam um consórcio. Esse consórcio irá operar um sistema de compensação tarifária para, com base no resultado econômico de linhas superavitárias, compensar prejuízos de linhas deficitárias.

O artigo 2º, inciso II, da Lei 8.987/95 dispõe que:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Na sequência, em seu art. 3º, a lei diz o seguinte:

Art. 3º - As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Os artigos 29 e 30 da referida norma dispõe sobre os encargos do poder concedente, como transcrita:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

(...)

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma.

O serviço público prestado pelo particular sujeita-se à fiscalização do poder concedente responsável pela delegação. Acerca deste assunto, Hely Lopes Meirelles²³ ensina que *nos contratos de concessão, o Poder Concedente, transfere a execução de um serviço do Poder Público ao particular, que através de tarifa se remunerará dos gastos com o empreendimento, ocorrendo, ainda, na maioria das vezes, a fixação de um preço devido pelo concessionário ao concedente, a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.*

Neste sentido, o sistema de compensação tarifária operado pelas por um consórcio constituído pelas empresas operadoras do serviço fragiliza o sistema de fiscalização e controle a ser realizado pelo poder concedente.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



3.6. Da inobservância das exigências deste douto Tribunal de Contas indicadas no processo 885923 – Denúncia Concorrência Pública 002/2014

Denúncia:

O deferente apresenta que o presente processo licitatório nº 008/2020, concorrência pública nº 001/2020 não observou as considerações feitas por esse Tribunal de Contas no âmbito da denúncia n ° 885.923 em face ao edital 002/2014.

Dentre as medidas indicadas naquele processo destaca que foram inobservadas as seguintes:

- a) Elaboração do Plano Municipal de Mobilidade Urbana, em cumprimento ao que determina o art. 24 da Lei Federal 12.587/2012;
- b) Deflagração de procedimento licitatório, observadas as responsabilidades técnicas da consultoria contratada e da CATRANS e responsabilidades legais da Comissão Técnica de Julgamento e da Comissão Permanente de Licitação quanto à isonomia e competitividade do certame;
- c) Elaboração de estudo de viabilidade econômico-financeira, mediante fluxo de caixa projetado, para o adequado dimensionamento da concessão, e que fundamente os elementos de tomada de decisão: o valor da tarifa de equilíbrio, o valor do contrato, o prazo de vigência do contrato e o número de lotes necessários.
- d) O edital deverá identificar com clareza os critérios de reajuste, inclusive das tarifas, para se reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Análise:



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Embora no âmbito do processo originado com base na denúncia nº 885.923 face ao edital nº 002/2014 esse Tribunal de Contas tenha proposto por meio de relatório técnico a elaboração de um Plano Municipal de Mobilidade Urbana, até a presente data essa obrigação que decorre de obrigação legal e já melhor explorada no item 3.5.a deste relatório ainda não foi satisfeita o que afeta de modo significativo a elaboração do projeto básico do presente edital.

De 2014 até a edição dessa MP em 2019 o município permaneceu inerte com relação a observância dessa norma legal. Ademais, negligenciou o princípio do planejamento ao formular um projeto básico que está desconectado com uma política local mias abrangente de mobilidade urbana.

Não é porque há uma decisão judicial determinando que se inicie um processo licitatório para delegação do serviço de transporte coletivo que a municipalidade pode ignorar o fato de que é preciso, antes de tudo, formular uma política de mobilidade urbana que integre o serviço de transporte coletivo em harmonia com os demais modais.

Por mais que o processo licitatório em questão tenha apresentado um estudo de viabilidade econômico-financeiro contendo o fluxo de caixa para concessão de cada um dos lotes, há indícios de que o estudo não demonstrou haver viabilidade econômica para concessão do lote 2 e há obscuridades a respeito da sistemática empregada para compensação de linhas deficitárias e superavitárias entre as empresas vencedoras da licitação.

Embora a denúncia sugira que o edital não tenha especificado os critérios de reajuste e revisão, o item 2.11.5 do edital estipulou uma fórmula paramétrica para os reajustes anuais, prevê revisões ordinárias a cada três anos e ainda diz que a tarifa poderá ser revista quando ocorrerem fatos econômicos e financeiros significativos. Sendo assim, aparentemente não há irregularidades com relação a esse aspecto.

Também contrariando a forma pela qual esse Tribunal havia se posicionado por meio de seus relatórios técnicos e vasta jurisprudência a respeito do tema, o presente edital adotou critérios de julgamento inadequados e restritivos com relação ao objeto.

4. CONCLUSÃO

A necessidade de organização da licitação que foi o objeto desta denúncia deve-se a uma sentença proferida no âmbito do processo nº 015311006960-3 que determinou a nulidade da autorização a título precário por meio de alvará para prestação do serviço de transporte coletivo no município de Cataguases a partir de 01/08/2020, **ou até a conclusão do processo de licitação.**

O presente relatório face à denúncia apresentada teve como foco verificar a presença de irregularidades graves a fim de subsidiar a análise do pedido de suspensão liminar do certame. Com base na denúncia, chegou-se as seguintes conclusões:

3.1. Insuficiência, inexatidão e incongruência de informações contidas no edital e seus anexos: o projeto básico e os estudos de viabilidade econômico-financeira apresentam impropriedades o que dificulta a elaboração das propostas.

3.2. Das exigências técnicas ilícitas e inoportunas ao interesse público inerentes à especificação dos veículos que ferem o caráter competitivo e oneram a tarifa: o EVTE mostra inadequação das exigências face à viabilidade econômico-financeira da concessão.

3.3. Da não inclusão do lote 3 no processo licitatório: não foram devidamente apresentadas as razões que justificam a não inclusão do Lote 3 no certame ora analisado, tampouco restou demonstrado como isso afeta a viabilidade econômico-financeira dos demais lotes.

3.4. Das inadequações e ilegalidades nos critérios para seleção da melhor proposta: além de ser considerado inapropriado a seleção das propostas pelo critério “técnica e preço”, os parâmetros elencados para seleção da melhor proposta técnica são inadequados para o tipo de serviço licitado.

3.5. Outras exigências inapropriadas e ilegais: foram feitas exigências em desconformidade com preceitos legais e jurisprudenciais tais como exigência de

garagem no município, obrigatoriedade de contratação de funcionários oriundos das atuais prestadoras, exigência de constituição de consórcio para gerenciar o sistema de compensação tarifária, garantia de execução desproporcional aos investimentos que serão realizados etc.

3.6. Da inobservância das exigências deste douto Tribunal de Contas indicadas no processo 885923 – Denúncia Concorrência Pública 002/2014:

observa-se que esse edital contém impropriedades que já haviam sido condenadas por esse Tribunal em outros editais deste mesmo município referente a esse mesmo objeto que está sendo licitado.

Diante de todo o exposto, entende este Órgão Técnico que as irregularidades analisadas no presente relatório **justificam a concessão de medida liminar para a suspensão do procedimento licitatório**, a fim de que seja realizada a **correção do edital**, de forma a garantir o atendimento do interesse público.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO:

Entende-se, assim, que os responsáveis pela Concorrência Pública nº 001/2020, Sr. Willian Lobo de Almeida, Prefeito de Cataguases; o Sr. Mauro Fachini Gomes, Secretário de Fazenda; e o Sr. Presidente da Comissão de Licitação, devem ser intimados, em caráter de urgência, para:

- (i) se **absterem da prática de qualquer ato visando à continuidade do citado certame**, bem como comprovarem nos autos, a publicação do ato de suspensão do certame em diário oficial e em jornal de grande circulação, sob pena de aplicação de multa, nos termos do art. 85, inciso III, da Lei Complementar n.º 102/08;



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



(ii) encaminhar a este Tribunal os esclarecimentos solicitados e a documentação requerida na presente análise, a fim de que esta Coordenadoria realize a análise complementar;

(iii) encaminhar todas as planilhas, **EM MEIO ELETRÔNICO**, no formato **EXCEL** ou outro meio que permita a realização de estudos de sensibilidade, desenvolvidas para a realização dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento, com fórmulas discriminadas, **SEM A EXIGÊNCIA DE SENHAS DE ACESSO OU QUALQUER FORMA DE BLOQUEIO AOS CÁLCULOS**, e, quando for o caso, descrição do inter-relacionamento das planilhas apresentadas, compreendendo parâmetros técnicos, econômico-financeiros, jurídicos e outros que afetem a sustentabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, no que couber:

- a. estudos de aferição e projeção de demanda;
- b. o valor dos investimentos com base em valores de mercado com data de referência e apresentação da metodologia e fontes de pesquisas utilizadas;
- c. cadastro de interferências existentes nos locais de execução das obras e levantamento de desapropriações necessárias;
- d. discriminação de todos os custos e despesas estimados para a prestação dos serviços;
- e. projeção das receitas operacionais do concessionário;
- f. eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, se existentes;
- g. relatório contendo a definição e diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, incluindo a avaliação de passivo ambiental, o estudo dos impactos ao meio ambiente e as prováveis medidas mitigadoras ou compensatórias;
- h. tratamento de riscos, contemplando matriz de riscos consolidada, alocação e medidas mitigadoras dos principais riscos do contrato.

- i. relação dos critérios de avaliação de desempenho projetados;
- (iv) apresentar as justificativas que entenderem pertinentes acerca das irregularidades identificadas;
- (v) apresentar estudos de viabilidade técnica e econômica consistentes, que demonstrem a exequibilidade da proposta de preço e a sustentabilidade da concessão;
- (vi) demonstrar a viabilidade econômica e operacional da divisão de lotes na forma proposta, evidenciando o impacto que a exploração autônoma do lote 3 teria nos demais ou estabelecendo as condições sob as quais se operaria o compartilhamento da sua exploração;
- (vii) indicar porque se admitiu que a TIR do lote 2 fosse menor do que Taxa de Remuneração de Capital (TRC) e justificar porque entendeu-se que a taxa de 6,3711% é a que melhor reflete o custo de capital das empresas operadoras do serviço, bem como detalhar qual foi a metodologia empregada para fazer essa estimativa;
- (viii) demonstrar no EVTE que os investimentos exigidos em atualização e modernização, incluindo a renovação da frota, não comprometem a viabilidade da concessão ou oneram excessivamente a tarifa atualmente praticada na municipalidade, bem como apresentar as razões para a exigência de substituição de 17 ônibus do tipo básico por midiônibus;
- (ix) demonstrar no EVTE como que a redução no valor da garantia de execução impactaria a viabilidade econômica e a rentabilidade dos lotes;
- (x) alterar disposição editalícia com relação à apresentação da proposta de preços para que os licitantes apresentem suas propostas de acordo com as reais condições de prestação do serviço;
- (xi) detalhar qual é a legislação municipal que fundamenta as gratuidades;
- (xii) apresentar um plano de mobilidade urbana ou justificar como se encontra seu processo de elaboração, indicando um prazo estimado para sua conclusão,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



bem como demonstrando a adequação da modelagem do certame aos trabalhos de elaboração do referido plano;

(xiii) indicar o regramento a ser observado em relação ao controle da circulação de veículos nas áreas de preservação do patrimônio histórico;

(xiv) adotar, preferencialmente, o “menor valor de tarifa” como critério de julgamento da presente licitação, diante da essencialidade do serviço de transporte coletivo e em atenção ao princípio da modicidade tarifária;

(xv) justificar, à luz do art. 18, II da Lei Federal nº 8.987/95, eventual necessidade de adoção do critério de julgamento melhor técnica. Em caso de manutenção justificada, alterar os quesitos de avaliação da melhor proposta técnica adotados pelo edital, de forma que os quesitos adotados passem a refletir melhorias na qualidade da prestação dos serviços ao usuário, sem comprometer a competitividade do certame, corrigindo ou justificando os pesos atribuídos à nota técnica em detrimento do preço;

(xvi) adequar o Sistema de Bilhetagem Eletrônica, de forma a sanear as inconsistências identificadas, conforme apontamento 3.5.b;

(xvii) abster-se de incluir no edital a exigência de que o licitante vencedor estabeleça garagem no Município de Cataguases;

(xviii) corrigir o preâmbulo do edital em relação ao seu texto uma vez que no preâmbulo há a indicação de apenas dois envelopes (habilitação e proposta), contudo, na parte do edital que detalha o processo de apresentação de propostas exige-se três, sendo eles: habilitação, proposta técnicas e proposta de preço;

(xix) corrigir as impropriedades do projeto básico e do estudo econômico-financeiro com relação a informações imprecisas ou conflitantes;

(xx) apresentar justificativas para as irregularidades observadas no relatório no que tange a coesão interna do processo;

(xxi) adotar as medidas necessárias para mitigar o risco de que não seja preciso fazer significativas alterações contratuais pouco tempo depois de ter firmado o ajuste;



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



(xxii) detalhar, por meio de errata, as correções efetuadas no instrumento convocatório, dando a devida publicidade, na forma do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, encaminhando cópias a este Tribunal;

(xxiii) caso optem por anular ou revogar o certame em epígrafe, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/1993, e promover a elaboração de novo edital com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, comunicar a este Tribunal de Contas, remetendo sua cópia para exame, após a publicação.

À consideração superior,

CFCO, aos 29 de abril de 2020

Luciano Moratório

Analista de Controle Externo

TC 3286-4

Mayara Caroline de Oliveira

Analista de Controle Externo

TC 3197-3