



SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 IDENTIFICAÇÃO DO TRABALHO..... | 02 |
| 2 INTRODUÇÃO..... | 02 |
| 3 ESCOPO, PROCEDIMENTOS E FONTES DE CRITÉRIO..... | 02 |
| 4 RESULTADO DOS TRABALHOS..... | 03 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 13 |

INSPEÇÃO

1 IDENTIFICAÇÃO DO TRABALHO

EXERCÍCIO: 2013

ENTIDADE: Secretaria de Desenvolvimento Urbano - Sedur

NATUREZA: Acompanhamento de Licitações, Contratos e Convênios

GESTOR: Cícero de Carvalho Monteiro

2 INTRODUÇÃO

Em cumprimento a Ordem de Serviço n.º 146/2003 expedida pela Primeira Coordenadoria de Controle Externo efetuou-se o acompanhamento da Parceria Público-Privada para Implantação e Operação do Sistema de Transporte Público Intermunicipal de Caráter Urbano Metroviário (Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas)

3 ESCOPO, PROCEDIMENTOS E FONTES DE CRITÉRIO

Efetuu-se o acompanhamento jurídico e econômico-financeiro da versão final do Edital e do Contrato e dos aspectos jurídicos e de qualificação econômico-financeira dos licitantes, bem como da proposta econômico-financeira, respectivos anexos e consistência do Plano de Negócios do licitante vencedor. Os principais procedimentos aplicados foram: Levantamento de informações, avaliação acerca do modelo econômico da concessão, avaliação dos parâmetros econômico-financeiros e jurídicos adotados no Edital e no Contrato e dos documentos de qualificação do procedimento licitatório e da contratação.

Principais fontes de critério utilizadas:

- Constituição Federal;
- Constituição Estadual;
- Lei Federal nº 8.666/1993 - Institui Normas para Licitações e Contratos da Administração Pública;
- Lei Federal nº 8.987/1995 - Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências;
- Lei Federal nº 11.079/2004 - Institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública;
- Lei Complementar Estadual nº 005/1991 - Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE/BA);
- Lei Estadual nº 9.290/2004 - Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia - PPP Bahia e dá outras providências;

- Lei Estadual nº 9.433/2005 - Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências;
- Lei Estadual nº 11.477/2009 – Autoriza a transferência de recursos do Fundo de Participação para adimplemento das obrigações relativas a contratos de Parceria Público-Privada;
- Decreto Estadual nº 9.322/2005 - Instala o Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia, de que trata a Lei nº 9.290/2004, e dá outras providências;
- Resolução Regimental TCE nº 012/1993 - Normas de Procedimento para o Controle Externo da Administração Pública;

No transcurso da auditoria não foram impostas limitações no tocante ao escopo e ao método utilizado nos trabalhos.

4 RESULTADO DOS TRABALHOS

Concluídos os trabalhos relativos ao acompanhamento da Parceria Público Privada para Implantação e Operação Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas, são apresentados a seguir os comentários e observações acerca dos fatos considerados relevantes pela Auditoria.

4.1 MODELO ECONÔMICO DA CONCESSÃO

Através do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI Sedur nº 01/2011, promovido pelo Estado da Bahia, foram realizados levantamentos técnicos relativos à construção, implantação e operação de um sistema integrado de transporte público intermunicipal de caráter urbano estruturador.

Nesse sentido, a Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão patrocinada, foi a alternativa de modelo de contratação que melhor atendeu aos requisitos técnicos, econômicos e financeiros de viabilidade do negócio, bem como aos demais interesses, público e privados, envolvidos na contratação do SMSL, em conformidade com o previsto no art. 2º da Lei Federal nº 11.079/2004, tendo em vista envolver, adicionalmente à tarifa a ser cobrada dos usuários, uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Os limites e as condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, foram observados pelo Governo do Estado da Bahia.

A Concessão tem seu modelo econômico enquadrado na Lei Estadual nº 9.290/2004, que em seu art. 5º estabelece que podem ser objeto de Parcerias

Público-Privadas a delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, preferencialmente em transportes públicos, entre outros. O prazo da Concessão também está de acordo com a referida Lei, a qual estabelece no mínimo cinco e no máximo de trinta e cinco anos como prazo de outorga.

A Concessão do SMSL foi aprovada pelo Conselho Gestor do Programa de PPP e autorizada por meio do Despacho do Chefe do Poder Executivo, Resolução nº 04/2012, publicado no DOE de 09/08/2012, sendo que a justificativa para realização da outorga da Concessão, por um prazo de trinta anos, foi publicada na edição do DOE de 22/05/2012 e republicado em 23/05/2012.

4.2 MINUTAS DO EDITAL E DO CONTRATO

No período de 21/06 a 20/09/2012 os documentos do Projeto, incluindo as minutas do Edital e do Contrato, foram divulgados, para consulta pública, no DOE de 21/06/2012 e em jornais de grande circulação nos Estados da Bahia e de São Paulo.

Foram realizadas audiências públicas no Município de Salvador, bem como foram feitas apresentações públicas do Projeto nos Municípios de São Paulo, Lauro de Freitas e Salvador. Todas as informações foram divulgadas no sítio eletrônico da Sedur.

Em 11/12/2012 emitimos Relatório de Auditoria sobre o acompanhamento das minutas do Edital e do Contrato (OS n.º165/2012), e dos estudos de viabilidade econômico-financeira do empreendimento, cujos achados são relatados a seguir:

1. Foi identificada a possibilidade de aumento dos custos de aquisição de parte do material rodante pelo parceiro público, bem como dos riscos relativos a não disponibilização desses equipamentos dentro do cronograma do Projeto;
2. A Taxa Interna de Retorno do Projeto (TIR) estabelecida pelo Edital foi menor que aquela calculada com base no Custo Médio Ponderado de Capital do Projeto, quando de sua modelagem econômica. Essa condição poderia resultar em uma redução do número de concorrente;
3. Os Eventos de Aporte (ressarcimento dos investimentos pelo poder público) foram divididos em apenas duas parcelas, após a conclusão das Fases 1 e 2. O aumento do prazo para ressarcimento dos investimentos resultaria em custos financeiros desnecessários para o Projeto; e
4. Foi identificada a exigência cumulativa para os participantes da licitação de apresentação de garantia de proposta e de capital social mínimo, o que está em desacordo com a legislação em vigor.

4.3 EDITAL E LICITAÇÃO

Em 25/05/2013 a Sedur tornou pública a versão final do Edital nº 01/2013 que fixou as condições da Licitação, na modalidade de Concorrência, com o objetivo de selecionar a melhor proposta para a celebração de contrato de Parceria Público-Privada (PPP) para implantação e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas (SMSL).

O critério de julgamento estabelecido foi o de menor valor de contraprestação a ser pago pela Administração Pública, que não poderá ser maior que R\$134,4 milhões por ano, com prazo de outorga de trinta anos.

O SMSL a ser implantado e operado pela licitante vencedora compreende os terminais de integração de passageiros e duas linhas metroviárias abrangendo 22 Estações, sendo elas: Lapa, Campo da Pólvora, Brotas, Acesso Norte, Retiro, Juá, Pirajá, Campinas, Cajazeiras/Águas Claras, Bonocô, Detran, Rodoviária, Pernambués, Imbuí, CAB, Pituaçu, Flamboyant, Tamborogy, Bairro da Paz, Mussurunga, Aeroporto e Lauro de Freitas.

As extensões localizadas entre as Estações Pirajá - Cajazeiras/Águas, no Município de Salvador e entre as Estações Aeroporto - Lauro de Freitas, no Município de Lauro de Freitas, foram condicionadas no Edital a superveniência de decisão motivada do Póde Público Concedente e reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

O Edital estabeleceu que as propostas e demais documentos necessários à participação na Licitação seriam recebidos no dia 19/08/2013 na BM&FBovespa.

Da análise econômica do Edital verificamos que, dentre os achados identificados na auditoria anterior, o risco relativo da não disponibilização do material rodante pelo parceiro público, dentro do cronograma do Projeto, foi eliminado, já que todos os trens serão adquiridos pelo parceiro privado. O Projeto considera uma frota estimada de 160 trens, sendo que 24 já foram adquiridos e 136 serão adquiridos pelo parceiro privado, conforme previsto no Anexo 7 do Edital.

Entretanto, permaneceu no Edital a exigência cumulativa de apresentação de garantia de proposta (no valor mínimo de R\$25 milhões) e de capital social (no valor mínimo de R\$350 milhões - R\$450 milhões em caso de consórcio). Essa exigência está em desacordo com a legislação em vigor. (§ 2º do Art. 31 da Lei nº 8.666/1993 e Art. 102, Inciso III § 2 da Lei Estadual nº 9.433/2005 - que dispõe sobre licitações e contratos administrativos no âmbito do Estado da Bahia).

Em 19/08/2013, na sede da BM&FBovespa, foi recebido o Volume I da Proposta, correspondendo as Condições de Participação, Garantia da Proposta e Qualificação Técnica Operacional da única empresa que se inscreveu como candidata no

processo de licitação: A Companhia de Participação em Concessões (CPC), subsidiária da Companhia de Concessões Rodoviárias (CCR), a qual foi autorizada a participar do processo.

Em 21/08/2013, foi aprovada e declarada vencedora do certame a Proposta Econômica da CPC, com uma oferta de R\$127,6 milhões no valor de contraprestação anual, o que representou um deságio de 5,05% em relação ao teto de R\$134,4 milhões estabelecido no Edital. Em 28/08/2013 foi publicado no DOE a homologação da CPC como vencedora da licitação.

Da análise jurídica da referida Parceria Público-Privada verificamos os documentos de viabilidade do empreendimento ou da prestação do serviço, o cumprimento das ações necessárias para a publicação do edital, os questionamentos dos licitantes, as atas e relatórios do julgamento da habilitação jurídica e da qualificação técnica e econômico-financeira, a apreciação do julgamento das propostas e o resultado da licitação e por fim, a regularidade do ato de adjudicação e da assinatura do contrato de concessão.

4.4 CONTRATO

O contrato de Parceria Público Privada, Contrato nº 01/2013, objeto de análise deste trabalho, envolve o primeiro projeto de PPP da Bahia na área de infraestrutura metroviária, com o objetivo de implantação e operação do Sistema Metroviário Salvador – Lauro de Freitas.

O grupo responsável é a Companhia de Participações em Concessões (CPC), lastreado por grandes grupos nacionais, os grupos Soares Penido, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez. Há ainda 48,78% do total de ações que são negociadas no Novo Mercado da BM&FBovespa.

No caso, trata-se de uma concessão patrocinada, na qual a empresa vencedora da licitação constituiu a Sociedade de Propósito Específico (SPE), exigida pela Lei nº 11.079/2004, art. 11, e em contrato, denominada Companhia do Metrô de Salvador, que assumiu a concessão patrocinada do Sistema Metroviário Salvador – Lauro de Freitas.

O Projeto tem como premissa a melhoria do Sistema de Transporte Público de Salvador e Lauro de Freitas, promovendo a integração física, operacional e tarifária entre ônibus e metrô.

A concessionária Companhia do Metrô de Salvador irá implantar e operar o SMSL durante 30 anos, com valor total estimado do contrato de R\$5,8 bilhões, sendo R\$200 milhões para assegurar a realização dos investimentos iniciais necessários já na fase de implantação, com uma contraprestação por parte do Estado no valor de R\$2,3 bilhões.

Nas Disposições Gerais, a segunda cláusula traz diversas definições utilizadas no Contrato, tais como a definição de contraprestação pecuniária e garantidor, sendo que a Sedur é a responsável pelo pagamento contraprestativo, e a Desenharia figura como garantidora de tal pagamento, caso não seja honrado por aquela.

Outra definição que vale ser salientada é a de fator X, que diz ser a obtenção da menor tarifa média por quilômetro rodado, acessível aos usuários, capaz de garantir a realização do serviço e manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, imprescindível à espécie, servindo como atrativo para o capital privado investir em obras de infraestrutura que não apresentam condições de viabilidade econômica própria, objetivo precípuo do contrato.

Na sequência, foram delimitadas a legislação e o regime jurídico aplicáveis ao Contrato. Além de toda a legislação mencionada, o Contrato é regido por suas próprias disposições e preceitos de direito público, sendo aplicados supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, logo verificando-se a natureza de contrato administrativo, regido, precipuamente, pelo direito público.

No que concerne ao regime jurídico aplicável, verifica-se que as prerrogativas estabelecidas estão em conformidade com as que são próprias dos contratos administrativos, conferindo à Sedur a possibilidade de alteração unilateral, visando atender ao interesse público, respeitados os direitos da concessionária; de rescisão unilateral nos casos previstos em lei; de fiscalização da execução e aplicação de sanções motivadas por inexecução parcial ou total, e, finalmente, impossibilitando a alteração de cláusulas econômico-financeiras sem prévia concordância da concessionária, em total respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, como já mencionado, imprescindível a tais contratos.

O objeto do Contrato é justamente a delegação, por meio de Parceria Público-Privada na modalidade de concessão patrocinada, da IMPLANTAÇÃO e OPERAÇÃO do SMSL, mediante a prestação de serviços (art. 2º, §1º, Lei nº 11.079/2004 e art. 5º, II, Lei nº 9.290/2004), destacando-se a definição de serviço adequado trazida no Contrato, considerando-se como tal aquele que satisfizer as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, equidade, modicidade das tarifas e continuidade, englobando a ideia envolvida no objetivo do contrato, e noções peculiares de contratos vertidos à prestação de serviços públicos, atendendo, assim, aos princípios constitucionais expressos da eficiência e da impessoalidade (art. 37, CF/1988), e ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

O prazo fixado pelo Contrato é de 30 anos, sendo possível a sua prorrogação em casos excepcionais e devidamente justificados, com o fim exclusivo de viabilizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão patrocinada.

4.4.1 ANÁLISE ECONÔMICO - FINANCEIRA

Na assinatura do Contrato foram cumpridas pela Concessionária todas as exigências econômico-financeiras previstas no Edital: Constituição da SPE com capital mínimo de R\$ 200 milhões; comprovação dos pagamentos de R\$ 2,5 milhões às empresas que promoveram os estudos para subsidiar o processo de contratação da PPP; R\$ 400 mil de emolumentos devidos à BM&FBovespa e R\$ 750 mil e R\$1,3milhões referentes às despesas com estudos adicionais de modelagem econômico-financeira para a Desenhahia e para a Sedur, respectivamente.

Da análise econômico-financeira do referido Contrato verificamos que, dentre os achados identificados na auditoria anterior, àquele referente ao risco de aumento nos custos financeiros do Projeto pelo prazo alongado dos aportes do poder público foi eliminado. O ressarcimento dos investimentos será feito em 38 marcos físicos/temporais, ao longo da execução contratual, reduzindo o custo de capital financeiro do Projeto.

O valor total dos aportes de recursos do Poder Público Concedente que será pago à Concessionária será de R\$ 2,3 bilhões, ao longo dos 38 marcos estabelecidos, os quais não estão sujeitos a reajustes periódicos. Os recursos serão provenientes do Contrato de financiamento a ser celebrado pelo Concedente para obtenção de recursos financeiros para o pagamento das parcelas do aporte, ratificação do Convênio CBTU que formalizará o repasse de recursos de ente para pagamento de parcelas de aporte de recursos destinados a Linha 1 e a celebração do Termo de Compromisso pelo Concedente junto ao Ministério das Cidades, que formalizará a transferência de recursos da União (PAC), conforme cláusula 24 do Contrato.

Conforme estabelecido na cláusula 23 a Concessionária será remunerada: Pela Tarifa de Remuneração, estabelecida inicialmente em R\$ 2,10, por passageiro que utilizar o SMSL; pela contraprestação efetiva a ser paga pela Concedente, de até R\$127,6 milhões anuais quando em plena operação; pelo aporte de recursos do poder público de R\$ 2,3 bilhões; por receitas extraordinárias e por outras fontes de receitas nos termos do Contrato. A Concessionária compartilhará com a Concedente 5% da receita bruta auferida pelas receitas extraordinárias.

A Concessionária deverá manter garantia de execução do contrato de R\$350 milhões entre o 1º e o 4º anos, R\$50 milhões entre o 5º ao 29º ano, e de R\$100 milhões no 30º ano.

Quando da assinatura do Contrato a Concessionária entregou o Plano de Negócios, atualizado conforme o lance ofertado no Leilão e elaborado de acordo com o Anexo V do Contrato.

Da análise econômico-financeira da versão definitiva do Plano de Negócios verificamos que, dentre os achados identificados na auditoria anterior, àquele

referente a Taxa Interna de Retorno do Projeto (TIR) foi eliminado. A TIR calculada com base no Plano de Negócios atualizado foi de 9,17%, a qual é superior tanto a TIR de 7% que foi utilizada na modelagem financeira, quanto a TIR de 8,4% que foi calculada com base no Custo Médio Ponderado de Capital do Projeto (WACC).

Importante considerar, entretanto, que as mudanças ocorridas no Edital e no Contrato, em relação a versão inicial, interferem no custo do Projeto e, conseqüentemente, nos cálculos iniciais da TIR. Desta forma, não foi possível verificar qual a TIR efetiva e atualizada com base no Custo Médio Ponderado de Capital do Projeto (WACC), para efeito de comparação com a TIR do Plano de Negócios.

O Plano de Negócios atualizado apresentado pela Concessionária considerou os seguintes principais parâmetros:

- a) A depreciação/amortização de todos os bens, obras e demais investimentos até o final do prazo da concessão;
- b) A amortização de todos os empréstimos e financiamentos relativos ao Projeto até o final do prazo da concessão, bem como do serviço da dívida;
- c) Tarifa de Remuneração com base no valor de R\$2,10 e a não incidência de tributos sobre a Tarifa;
- d) A evolução do valor da contraprestação em função dos marcos operacionais previstos no cronograma;
- e) O compartilhamento das Receitas Extraordinárias com o Poder Concedente;
- d) Os custos com seguros e garantias previstos no Edital e no Contrato;

Com base nesses parâmetros, que estão em conformidade com os requisitos previstos no Edital e no Contrato, o Demonstrativo de Fluxo de Caixa, parte integrante do Plano de Negócios, apresentou os seguintes principais valores, descontados base abril de 2013, totais para os trinta anos da concessão:

- a) Investimentos de R\$ 3,9 bilhões, sendo R\$ 886 milhões já realizados e a realizar na Linha 1, R\$ 2.5 bilhões na Linha 2 e R\$ 560 milhões em material rodante;
- b) Entradas de caixa de R\$ 17,6 bilhões, sendo R\$ 11,3 bilhões relativos a Receita Tarifária, R\$ 3,5 bilhões de contraprestação, R\$743 milhões de Receitas Extraordinárias e R\$ 2 bilhões de Aporte de Recursos;
- c) Despesas pré-operacionais e operacionais de R\$ 8,8 bilhões e tributos sobre o lucro (imposto de renda e contribuição social) de R\$3,6 bilhões.

O resultado final do Fluxo de Caixa do Projeto apresentou um superávit acumulado ao final do período de concessão de R\$4,9 bilhões, que resultou na Taxa Interna de Retorno do Projeto de 9,14%.

4.4.2 ANÁLISE JURÍDICA

A Auditoria destacou para sua análise, em razão da relevância do tema, as cláusulas referentes ao reequilíbrio econômico-financeiro, conforme registros a seguir:

4.4.2.1 Cláusulas contratuais conflitantes

Na cláusula 2ª, (Definições e Interpretação), os itens 2.1.67 e 2.1.69, que tratam da extensão do trecho entre Cajazeiras/ Águas Claras (TRAMO 3 da LINHA 1) e Aeroporto/Lauro de Freitas (TRAMO 2 da LINHA 2), respectivamente, condiciona estas extensões à superveniência de decisão motivada do Concedente, e ao respectivo reequilíbrio econômico-financeiro.

Em seguida, na cláusula 4ª (Do Objeto e das Obrigações Acessórias), o item 4.1.7 diz que a participação da Concessionária, na operação destes dois trechos é obrigatória, condicionada apenas à aprovação dos estudos e do reequilíbrio.

Imediatamente após, o item 4.1.7.1 traz a previsão de que a implantação destes trechos do metrô, poderão ser realizados pela Concessionária ou por terceiros, a critério do Concedente.

Tais previsões conflitam, com os itens 4.1.7 e o 4.1.7.1, visto que, ou permanece a possibilidade de mera extensão do serviço com o vencedor desta licitação realizando a implantação e operação de mais uma ou duas extensões, nos moldes e preços ali estabelecidos, necessitando apenas o reequilíbrio econômico-financeiro, ou deverá constar a previsão de novo procedimento licitatório, visando a implantação e operação destes trechos.

Assim, recomenda-se alteração contratual nos itens 4.1.7 e 4.1.7.1 para definir se os novos trechos serão implantados e operados obrigatoriamente pela concessionária ora contratada ou se ela terá direito de escolha em participar ou não, de uma ou mais expansões, opção em que, deverá apontar realização de nova licitação.

4.4.2.2 Possibilidade de prorrogação indevida da Concessão

A subcláusula 23.9.5 do Contrato trata de Receitas Extraordinárias referentes à exploração de empreendimentos associados (tais como shopping centers, empreendimentos imobiliários, *naming rights*) onde é necessário apresentar projeto para a concessão de direito real de uso ou de superfície dos imóveis contíguos às estações, sujeitos à anuência do Estado, mediante apresentação do Plano de Negócio.

No item 23.9.5.1 está regulamentada a previsão de que o prazo da concessão de direito real de uso ou de superfície dos imóveis contíguos às estações, para exploração destes empreendimentos associados, será o tempo necessário à amortização dos respectivos investimentos.

Esta previsão poderá gerar indevida prorrogação do prazo final da Concessão, pois a qualquer momento, e até mesmo nos últimos anos do Contrato, poderão ser contratados empreendimentos associados que tenham prazos de amortização posteriores ao prazo da referida Concessão.

Tal ocorrência pode inviabilizar ou, no mínimo, prejudicar o novo processo de Concessão, quando atingido o termo final do Contrato, vez que, todos os direitos e obrigações acessórias, devem atrelar-se ao principal.

Entretanto, ao dispor sobre a possibilidade de receitas alternativas, a Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 11 c/c com o artigo 17, só permite vantagem ou subsídios que estejam previamente autorizados em lei.

Art. 11 No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Art. 17 Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

É cediço que as obrigações acessórias devem seguir a principal, pois conforme o artigo 184 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), a inviabilidade da obrigação principal, que neste caso é a prestação de um serviço de transporte, implica na impossibilidade das obrigações acessórias:

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

A Auditoria considera irregular o item 23.9.5.1, porque poderá provocar a prorrogação indevida da Concessão, uma vez que, nos termos da legislação acima mencionada, concessões para os empreendimentos associados devem ter prazo necessário à amortização dos investimentos, desde que não ultrapassem o limite do termo final do Contrato da Concessão.

4.4.2.3 Incorreta divisão de risco na interrupção da energia elétrica

A subcláusula 25.4.5.1 que trata do risco de interrupção do fornecimento de energia elétrica, estabelece que, caso a Concessionária não tenha concorrido para tal interrupção, se eximirá da medição dos indicadores de desempenho do serviço (transporte do metrô), no período da interrupção, e não serão aplicadas penalidades, nem caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em virtude de danos econômicos decorrentes.

Desta forma, nesta cláusula não houve equilíbrio na divisão dos riscos do negócio, até porque, mesmo que haja interrupção de energia motivada pela própria Concessionária, o Estado assume todos os prejuízos e danos dela decorrentes.

Vale registrar que a Lei nº 11.079, no artigo 4º, inciso VI, determina que o contrato de Parceria Público-Privada deve observar a repartição objetiva dos riscos entre as partes. Mais adiante, inciso III, do artigo 5º desta mesma Lei, também, estabelece que as cláusulas do Contrato devem prever a repartição de riscos, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

(...)

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

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Assim, recomenda-se alteração do item 25.4.5.1 estabelecendo o compartilhamento dos danos advindos da interrupção do fornecimento de energia, mesmo que em partes desiguais, visto que este risco faz parte do negócio, como também deve haver a expressa previsão de quais as imputações cabíveis, nos casos em que a Concessionária concorrer para a interrupção do fornecimento de energia elétrica.

4.4.2.4 Ausência de reequilíbrio na garantia de execução do Contrato

A cláusula 28 que trata da garantia de execução do Contrato pela Concessionária estabelece que deve ser mantido em favor do Concedente, como garantia do fiel cumprimento das obrigações contratuais, garantia de execução do Contrato, cujo valor varia no curso da execução.

O item 28.2 trata de reajuste anual desta garantia, utilizando o índice de preços ao consumidor ampliado, considerando a data base como abril/2013. Contudo, não há previsão de reequilíbrio econômico-financeiro desta garantia, quando ocorrer real alteração no valor do Contrato; da remuneração; da tarifa de remuneração; da contraprestação efetiva; do aporte de recurso, etc., todas passíveis de reequilíbrio econômico-financeiro

A Lei Federal nº 11.079/2004, determina no inciso VII do artigo 5º, que o parceiro privado deve prestar garantias de execução suficientes e compatíveis com o ônus e riscos envolvidos, observados os limites legais. Desta forma, é necessário que no momento em que houver reequilíbrio econômico no valor do Contrato, a garantia de execução seja revista.

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

(...)

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

(...) (grifo nosso)

5 CONCLUSÃO

Como resultado dos trabalhos de acompanhamento jurídico e econômico-financeiro do Edital, do Contrato e do processo licitatório, além dos demais documentos relativos à Parceria Público-Privada para Implantação e Operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas – SMSL foram verificadas as seguintes ocorrências:

1. Exigência cumulativa no Edital de apresentação de garantia de proposta e capital social mínimo, em desacordo com a legislação em vigor; (item 4.3)
2. Existência de cláusulas contratuais conflitantes; (item 4.4.2.1)
3. Possibilidade de prorrogação indevida da Concessão; (item 4.4.2.2)

4. Incorreta divisão de risco na interrupção da energia elétrica; e (item 4.4.2.3)
5. Ausência de reequilíbrio na garantia de execução do contrato; (item 4.4.2.4)

Gerência 1C, 26 de dezembro de 2013.

Fátima Monteiro Barreto
Coordenadora

Jucival Santana de Souza
Gerente de Auditoria

Antonio Fábio Dantas Filho
Auditor de Controle Externo

Kleber Miranda Morqado
Analista de Controle Externo

Rui Nunes Santos
Agente de Controle Externo