



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

PROCESSO Nº 0900180002848 (4 VOLUMES) APENSO: 0900180025066 (2 VOLUMES)
 ORIGEM: SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA - SEINFRA
 INTERESSADO: AGERBA

PARECER Nº GAB-PGE-PMC-018-2019

EDITAL. CONCESSÃO. Nova Rodoviária de Salvador. Análise das minutas de edital e contrato. Considerações sobre a instrução processual.

Cuida-se de processo instaurado pela Secretaria de Infraestrutura (SEINFRA) com vistas à ulatimação dos trâmites necessários a publicação do edital de licitação para delegação da gestão, manutenção e operação do serviço público, e correspondente infraestruturas, de apoio ao embarque e desembarque de passageiros dos serviços de transporte coletivo rodoviário interestadual e intermunicipal no município de Salvador conjugada com a construção e implantação do novo terminal.

A versão inicial da minuta de edital segue às fls. 02/80.

As fls. 81/190 encontra-se, apócrifo, o "Estudo de Viabilidade Técnica Econômico-Financeira do Novo Terminal Rodoviário de Salvador – Águas Claras", com as seguintes conclusões:

"Como mérito do projeto destaca-se, em primeiro lugar, a opção por se adotar uma modelagem de parceria entre o Governo do Estado e a iniciativa privada. Com base no instrumento da Concessão, o poder público obterá importante investimento na área de mobilidade e transporte, incrementando e dinamizando a região de Águas Claras e suas proximidades.

A cidade passará a contar com um novo e moderno Terminal Rodoviário, integrado ao Metrô e ao sistema de transporte público de Salvador. Estas conexões deverão facilitar o acesso mais rápido justamente às zonas mais

Este documento foi assinado eletronicamente. As assinaturas realizadas estão listadas em sua última página. Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaoocopia, digitando o código de autenticação: KYMJ5MUIZ



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



carentes e periféricas da cidade, que concentram uma grande quantidade de usuários de transporte coletivo rodoviário.

Terá como benefício, também, a desconcentração do tráfego de veículos de uma das zonas mais importantes da cidade, que atualmente encontra-se saturada.

Do ponto de vista financeiro, é importante ressaltar que não se trata da obtenção de recursos em função de alienação de ativos próprios estaduais. O projeto prevê a implantação de um importante investimento e o seu retorno integral ao patrimônio do Estado.

É significativo o volume de recursos previstos para serem desembolsados tanto no início do projeto quanto ao longo dos 25/30 anos de Concessão, na medida em que será exigida do Concessionário a manutenção permanente do empreendimento em condições modernas e atualizadas. Por conseguinte, o desembolso desses recursos propiciará o incremento de emprego e renda no Estado, conferindo, dessa forma, méritos ao projeto também no campo social. Essa iniciativa dá um sinal inequívoco de interesse no desenvolvimento do transporte e mobilidade urbana, atividades econômicas importantes para Salvador.

Os resultados favoráveis obtidos da análise de viabilidade técnica e econômico-financeira, consubstanciadas nos indicadores calculados, também conferem méritos aos projetos, habilitando-o para ser objeto de parceria exitosa do Governo da Bahia com a iniciativa privada.

Por fim, ressalta-se que as principais conclusões desse Relatório configuram-se, também, como um instrumento que permitirá à administração estadual obter subsídios tanto para a definição do perfil do projeto, quanto para identificar o grau de atratividade empresarial pelo projeto”.

Após reunião realizada na data de 27 de fevereiro de 2018 na PGE, os autos seguiram para adequação das minutas de edital e contrato, com vistas ao atendimento dos

ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

requisitos necessários e indispensáveis à licitação e contratação da concessão, inclusive os estabelecidos nos arts. 18 e 23 da Lei nº 8.987/1995 (fl. 194).

Às fls. 196/341 encontra-se a minuta de edital que foi submetida à consulta pública pela AGERBA no período entre 11 de abril e 11 de maio de 2018, conforme aviso publicado no DOE (fl. 342).

Às fls. 345/434 segue encaminhada nova minuta de edital, após contribuições colhidas em audiência e consulta públicas (processo apenso de nº 0900180025066).

No Despacho de fl. 435 o Secretário de Infraestrutura em exercício informa que *"em consequência das contribuições colhidas nas referidas Consultas e Audiência Públicas, está sendo elaborado novo Plano de Negócios e Viabilidade Econômica"*.

Através do Ofício GASEC nº 157/2018, de 14 de junho de 2018 (fl. 437), o Secretário de Infraestrutura informa que foram introduzidas modificações nos documentos encaminhados, particularmente na minuta do Edital e nos Anexos I e X, dentre os quais consta uma nova versão do 'Plano de Negócios e Estudo de Viabilidade', com pequenas alterações (fls. 438/544).

Encaminhados os autos à análise desta Procuradoria do Estado e tendo em vista o grande volume de alterações sugeridas nos textos, consoante Despacho de fl. 546, optamos por ofertar novas minutas de edital e contrato (fls. 547/616) adaptadas ao padrão que vem sendo adotado pelo Estado em contratos de tal porte e natureza, incorporando, ainda, algumas críticas e sugestões colhidas durante a fase da consulta pública que foram consideradas juridicamente pertinentes, bem como indicando (em balões de comentários) questionamentos a serem respondidos pela AGERBA e providências a serem por ela adotadas, dentre as quais a realização de novos e mais aprofundados estudos para dar respaldo aos números/valores lançados no instrumento convocatório e às escolhas atinentes à estruturação da modelagem.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



Em 01 de fevereiro de 2019 a AGERBA publicou aviso no DOE (fl. 618), comunicando que as respostas aos questionamentos apresentados foram disponibilizadas no site www.agerba.ba.gov.br, na forma do documento anexado às fls. 620/662, do qual consta, reiteradamente, a informação de que estão sendo reelaborados os estudos pertinentes à estruturação do projeto.

Em 11 de fevereiro de 2019 os autos retomaram para análise das minutas de edital e contrato de fls. 663/734, elaboradas pela AGERBA em atendimento às recomendações desta PGE constantes dos documentos de fls. 546/616.

É o relatório.

As versões do edital e do contrato adunadas aos presentes autos foram previamente discutidas com este Órgão Jurídico, refletindo sugestões advindas da consulta e audiência públicas, bem assim a experiência acumulada nos últimos anos. Calham ainda, entretanto, as observações abaixo enunciadas.

I. Edital

a) Item 4 – Tipo de Licitação

Resta estabelecido no item citado que a licitação será do tipo **MENOR TARIFA** do serviço público a ser prestado – art. 15, inciso I da Lei nº 8.987/95 –, proposta na forma de redução percentual única a ser aplicada nas diferentes categorias de TUTE.

A escolha do referido critério deve estar respaldada em estudos e ser devidamente justificada pela Administração.



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



Além disso, considerando que o subitem 4.3.2 permite a redução de 100% no valor da TUTE do atual terminal, é necessário trazer aos autos estudos acerca da exeqüibilidade de eventual proposta neste sentido, que equivaleria a tarifa “zero”.

b) Subitens 11.2 e 11.4.2 – Garantia da Proposta

O subitem 11.2 institui, na forma da lei, uma garantia mínima de proposta, mas não indica em que patamar. Deve, portanto, ser definido o respectivo valor e trazido à colação estudo que o respalde.

Já o subitem 11.4.2 indica os títulos da dívida pública que serão aceitos como garantia de proposta. É necessário que seja apresentada justificativa técnica para tal eleição.

c) Subitem 11.4.1.1 – Consórcio e Garantia da Proposta

No que toca ao citado subitem, ressalta-se que, na minuta de edital que segue anexa ao presente opinativo, alteramos a sua redação para adequá-la às disposições do art. 105, inciso III, da Lei Estadual nº 9.433/2005, do qual se infere a obrigatoriedade de apresentação por cada consorciada (quando o edital permitir a reunião de empresas em consórcio) de garantia de proposta, na proporção de sua participação no consórcio.

**d) Subitens 13.7.2.1, 13.7.2.1.1, 13.7.2.2, 13.7.2.2.1, 13.7.3.1 e 13.7.3.1, ii –
 Qualificação Técnica**

Todos os subitens supracitados trazem elementos quantitativos (número de passageiros embarcados, total de área construída, porte mínimo de investimentos realizados, indicativos mínimos a serem exigidos em pelo menos um atestado, no caso de somatório), cujo preenchimento o licitante deve demonstrar para alcançar a qualificação técnica exigida no edital.



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



Note-se, no entanto, que os números indicados precisam ser tecnicamente justificados, conforme estudo que os embasa, ressaltando-se que há entendimento do TCU no sentido de que a exigência de quantitativos mínimos, para a comprovação de qualificação técnica, deve corresponder a, no máximo, 50% dos números estimados para o empreendimento (parcelas de maior relevância).

e) Subitens 13.7.2.1.1, 13.7.2.2.1 e 13.7.3.3 – Atestados de Afiliada e Subcontratada

Os subitens elencados admitem que os requisitos de qualificação técnica sejam comprovados mediante apresentação de documentos pertinentes a afiliadas ou subcontratadas. Importa ressaltar, pela relevância do tema, que tal determinação editalícia é condicionada à apresentação, anterior à assinatura do instrumento contratual, de compromisso entre a licitante vencedora e a afiliada ou subcontratada, relativo à execução do contrato, e encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas na União, esposada no Acórdão 2.992/2011:

[...]

Os gestores da SEP/PR afirmaram que a aceitação de apenas um compromisso de posterior qualificação ou de subcontratação de um terceiro pré-qualificado favoreceria a competitividade do certame. Permitiria, segundo o poder concedente, a participação de novos atores no setor, possuidores de notória capacidade econômico-financeira para realizar os investimentos necessários, como seria o caso dos fundos de pensão. A SefidTransporte assentiu a tais justificativas, mas ponderou que eventual escolha de empresa incapaz afetaria a qualidade do serviço prestado.

Com efeito, esse é o cerne da discussão. Por óbvio que o abrandamento das exigências de participação tende a ampliar o número de habilitados, mas não se pode olvidar que os procedimentos de habilitação têm justamente o objetivo de restringir o universo de competidores ao rol daqueles efetivamente capazes de bem executar o objeto. Assim, a opção feita pelo poder concedente apenas



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Procuradoria Geral do Estado
Fls. 151

pode ser considerada regular se endossada por outras condicionantes que certifiquem a competência da empresa a ser contratada e, por conseguinte, afiancem a qualidade dos serviços a serem prestados.

Em solução da possível falha, primeiro é imprescindível notar que a contratação de empresa inábil é mitigada pelo próprio instrumento que regulará a concorrência, por meio de disposição que obriga à comprovação da qualificação como operador portuário ou à contratação de entidade qualificada antes da celebração do contrato (item 27.2.4 da minuta do edital). [...]

Há ainda previsão editalícia que afasta prejuízo financeiro relativo à frustração do processo concorrencial, decorrente de eventual vitória no certame de empresa que não cumpra a qualificação antes da contratação. O item 28.2 da minuta de edital prevê a aplicação de multa no valor da garantia de proposta ao arrendatário que não cumprir as exigências para assinatura do contrato no tempo fixado. [...] (os destaques estão conforme original) (TCU, Plenário, Acórdão 1532/2014, sendo relator a Ministra Ana Arraes. Data da sessão: 11/06/2014, Ata 19/2014).

No mesmo sentido já vinha caminhando parte da doutrina nacional, aqui representada pelo professor Floriano Azevedo Marques Neto:

[...] coloca-se como uma medida aconselhável a inclusão, nos editais de licitação para concessão de serviço público, de dispositivo admitindo que parte das exigências de comprovação de capacidade técnico-operacional seja feita pela apresentação de atestados não em nome de empresa licitante ou integrante de consórcio licitante, mas de atestados em nome de empresa especialista, indicada como subcontratada nomeada, que assumiu com o



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



*licitante o compromisso firme pelo qual se obriga a fornecer os bens ou realizar os serviços objeto da contratação. [...]*¹

f) Subitem 18.4.3 – Integralização de Capital Social Mínimo

O subitem em questão exige, como requisito prévio à assinatura do contrato, a comprovação de capital social mínimo, mas não indica o seu patamar. Deve, portanto, ser definido o respectivo valor e trazido à colação estudo que o respalde.

g) Item 22 - Anexos

O item indicado elenca os diversos anexos que constituem parte integrante do edital. Insta salientar, porém, que na minuta de edital ora encaminhada à análise desta PGE, apenas foram carreados os anexos alusivos aos modelos (Anexo I – fls. 682/689) e à minuta do contrato (Anexo V – fls. 690/734).

II. Contrato

a) Subcláusula 1.1, ix – Comissão de Gestão do Contrato

O item em questão define que a execução contratual será acompanhada por Comissão especialmente constituída pela Concedente em certo prazo contado da assinatura do contrato. Dito prazo, todavia, não restou definido, devendo ser explicitado.

b) Subcláusula 1.1, xxv – Estudo Preliminar de Arquitetura

O referido item trata do Estudo Preliminar de Arquitetura, a ser selecionado e

¹ NETO, Floriano Azevedo Marques. A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos. Boletim de Licitações e Contratos – BLC Ano XX, nº 2, Fev-2007. São Paulo: NDJ, 2007, p. 122.



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



apresentado pela Contratada, com vistas a embasar a concepção arquitetônica do novo terminal.

Note-se, porém, que embora processos licitatórios de concessões prescindam da existência de Projeto Básico, elementos de projeto básico - ou anteprojeto, conforme denominação empregada na lei de PPP - já devem constar do edital, conforme determinação legal (Lei nº 8.987/95, art. 18, inciso XV). É necessário, portanto, justificar tecnicamente que os dados constantes do Termo de Referência são suficientes para configurar os “elementos de projeto” exigidos pela lei, haja vista a opção da Administração de lançar o edital com a previsão de que o Estudo Preliminar de Arquitetura para o Novo Terminal somente seja produzido posteriormente, pela licitante vencedora, já na qualidade de Contratada.

Feita tal justificativa, curial retirar a expressão “em nível de anteprojeto”, antes inserida na redação do item constante da minuta submetida à nossa análise, para não dar ensejo à interpretação de que o Termo de Referência integrante do Edital não carregaria o anteprojeto – ou elementos de projetos – legalmente exigido.

c) Subcláusula 3.2 – Exclusividade da Concessão

A Subcláusula acima epigrafada versa sobre a exclusividade da Concessionária nos serviços e atividades objeto da concessão.

Não obstante, conforme o art. 16 da Lei nº 8.987/95, “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”. Necessário, pois, que a Administração justifique tecnicamente a opção pela outorga com exclusividade.

d) Subcláusula 8ª – Anexos

A Subcláusula indicada elenca os diversos anexos tidos como parte integrante



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



do contrato. Na minuta contratual ora encaminhada à análise desta PGE, no entanto, não restou carreado nenhum dos mencionados anexos.

e) Subcláusula 22.1 – Serviço Adequado

Resta estatuido, na Subcláusula supra, que o serviço adequado, a ser prestado pela Concessionária, é aquele que obtenha uma dada nota mínima em avaliação de desempenho a cargo da Concedente. Tal patamar, todavia, não restou explicitado, sendo necessário defini-lo e justificá-lo.

f) Subcláusula 23.2, xxi – Taxa de Fiscalização

A redação de tal item, constante da minuta que restou submetida à nossa análise, previa ser obrigação da Concessionária “pagar a taxa de fiscalização estabelecida pela legislação aplicável”. Tivemos por bem suprimi-lo, visto que a obrigação quanto ao pagamento de qualquer taxa legal já estaria abarcada no item ix desta mesma Subcláusula 23.2, relativo aos “ônus das taxas e impostos Municipais, Estaduais e Federais devidos”.

Se, por outro lado, a intenção foi instituir, contratualmente, uma VERBA DE FISCALIZAÇÃO DA AGERBA, nos moldes como previsto no contrato do Metrô, também não seria conveniente inseri-la, dada a existência de controvérsias sobre a natureza e legalidade dessa parcela.

g) Subcláusula 23.2, xxv – Sanitário Gratuito

A redação de tal item, constante da minuta que restou submetida à nossa análise, estabelecia ser obrigação da Concessionária “*disponibilizar, fora da área de embarque, ao menos um sanitário, de uso gratuito, aos usuários dos TERMINAIS, nos termos da Lei Municipal nº 4.591/1992*”.



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



Sucedee, todavia, que a referida lei municipal não restringe a exigência de uso gratuito de sanitário à área fora do embarque, não fazendo qualquer distinção neste sentido. Assim, modificamos a redação do item em questão de modo a torná-lo aderente à determinação legal, prevendo a gratuidade do uso de ao menos um sanitário "*dentro e fora da área de embarque*".

h) Subcláusulas 29.13 e 49.8.1 – Multa por Caducidade

As Subcláusulas em tela tratam da multa a ser aplicada em caso de ocorrência de eventos mencionados na Subcláusula **Erro! Fonte de referência não encontrada.** (caducidade), e, conforme nova redação ora proposta, da sua gradação de acordo com o ano do contrato. Impende, no entanto, que os respectivos percentuais, ainda não definidos, resem indicados.

i) Subcláusula 30.1.8 – Nota Mínima IQS

A Subcláusula acima elenca, como uma das hipóteses que possibilita a intervenção da Concedente na concessão, a atribuição à Concessionária, em três avaliações de desempenho consecutivas ou em cinco não consecutivas, de nota inferior a um determinado patamar, ainda não especificado. Curial, portanto, seja este indicado.

j) Subcláusula 37.1 – Capital Social Subscrito Mínimo

Cuida, a Subcláusula em questão, do capital social mínimo a ser subscrito e mantido pela Concessionária durante toda a vigência do contrato. Ainda não restou fixado, porém, o respectivo valor, que deve, assim, ser definido, devidamente embasado em justificativa técnica.

k) Subcláusula 44ª – Seguros



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO



Na Subcláusula supra, relativa aos seguros a serem obrigatoriamente contratados pela Concessionária, encontram-se "em aberto" os valores mínimos pertinentes a diversas coberturas, que impende sejam especificados.

l) Subcláusula 45.1 – Garantia de Execução Contratual

Também nesta Subcláusula, pertinente à garantia de execução contratual a ser prestada pela Concessionária, há que ainda ser indicado o respectivo valor.

m) Subcláusula 48.2.4 – Indenização Adicional por Encampação

A Subcláusula 48.2.4 versa em derredor da indenização adicional, variável conforme o ano do contrato, a ser paga à Concessionária em caso de encampação, sendo imprescindível indicar os seus respectivos percentuais.

Feitas tais observações, cumpre ressaltar que além dos pontos acima destacados, realizamos alterações (com marcas de revisão) na redação das minutas de edital e contrato, conforme novas versões ora anexadas, das quais constam, em balões de comentário, notas explicativas, recomendações e pedidos de esclarecimentos dirigidos à AGERBA.

III. Instrução da fase interna

No que concerne à fase interna do procedimento licitatório, verificamos carecerem os autos dos necessários estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira, bem como de outros documentos indispensáveis à instrução processual, a exemplo do termo de referência (contendo os elementos do projeto básico) e do sistema de avaliação de desempenho. É imprescindível que tais elementos sejam trazidos ao processo, inclusive, para que se possa validar, em concreto, as minutas de edital e contrato, uma vez que



ESTADO DA BAHIA
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO




estas, como se colhe dos comentários lançados nos itens anteriores, carecem, em inúmeros pontos, deste respaldo técnico.

Ademais, uma vez apresentados os estudos e documentos complementares acima citados e considerando que esta PGE não detém a necessária expertise para a sua análise, é necessário que sejam encaminhados para a devida avaliação, e validação final, pelos órgãos técnicos competentes, dos estudos de modelagem técnica e econômico-financeira do projeto, dos riscos envolvidos, das estruturas de garantias e de financiamento do projeto, dentre outros aspectos relevantes.

Deverá, ainda, a Secretaria responsável pelo projeto manifestar-se expressamente sobre a conveniência da concessão e sua vantajosidade em relação à prestação direta do serviço, sobre a viabilidade técnica e econômico-financeira do projeto, bem como justificar, tal como pontuado alhures, as escolhas administrativas adotadas na sua estruturação. Tal manifestação deverá constar de ato a ser publicado previamente ao edital, consoante determina o art. 5º da Lei nº 8.987/1995.

Com estas considerações, sigam os autos à SEINFRA para conhecimento e providências de sua alçada, observada rigorosamente toda a legislação aplicável à espécie.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em 12 de
 março de 2019.


 PAULO MORENO CARVALHO
 Procurador Geral do Estado da Bahia

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

Carlos Henrique de Azevedo Martins
Responsável - Assinado em 01/04/2021



Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço <https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia>, digitando o código de autenticação: KYMJI5MJIZ