

TC 4464/2022 ACOMPANHAMENTO DE EDITAL

REPRESENTAÇÕES

TC 4847/2022 - ACEMBRA ASSOCIAÇÃO CEMITÉRIOS E CREMATÓRIOS DO BRASIL/SINCEP e SINDICATO DOS CEMITÉRIOS E CREMATÓRIOS PARTICULARES DO BRASIL

TC 6183/2022 - ELIANA FELIX DE LIMA

TC 7559/2022 - EMPRESA LUTO XV DE NOVEMBRO LTDA.

TC 7674/202 - VER. ADILSON AMADEU

À UNIDADE TÉCNICA DE OFÍCIOS

Sra. Supervisora

Interessado: Secretaria Municipal de Governo

Objeto: Acompanhamento do Edital de Licitação na modalidade Concorrência EC/001/2022/SGM-SEDP, visando à concessão dos serviços cemiteriais, envolvendo a gestão, operação, manutenção, exploração, revitalização e expansão dos 22 (vinte e dois) cemitérios e crematório públicos e da prestação de serviços funerários no Município de São Paulo, publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo (DOC) de 05.03.2022. SEI 6011.2021/0002522-1.

DESPACHO

Cuida-se de Acompanhamento do Edital de Licitação na modalidade Concorrência EC/001/2022/SGM-SEDP, em que figura como interessada a Secretaria de Governo Municipal, cujo objeto trata da concessão dos serviços cemiteriais, envolvendo a gestão, operação, manutenção, exploração, revitalização e expansão dos 22 (vinte e dois) cemitérios e crematório públicos e da prestação de serviços funerários no Município de São Paulo.

O Relatório Preliminar elaborado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle demonstrou que, embora tenham sido realizados ajustes no edital atual, eles não se mostraram suficientes para sanar todos os problemas detectados no instrumento editalício anterior (TC 2831/2020), concluindo que a Concorrência EC/001/2022/SGM-SEDP não possui condições de prosseguimento e demanda

novos ajustes estruturais, a saber, de acordo com a ordem de sua relevância (peça 57):

4.1. Há erro metodológico no cálculo do índice de concentração de mercado (IHH), cuja correção demonstra um cenário de concentração do tipo “moderado” com a segregação em 4 blocos, não estando adequadamente justificada a opção pela divisão em tal quantitativo, já que a expectativa da Administração Pública é um cenário de baixa concentração. (subitem 3.9.6)

4.2. Há possibilidade de adjudicação de 2 blocos a um mesmo licitante, havendo risco de que ocorra concentração de mercado maior que a desejada pela Administração Pública. (subitem 3.9.6)

4.3. Há incertezas quanto ao real valor de passivo ambiental existente nos cemitérios, o que cria riscos de ativação de reequilíbrio econômico-financeiro em favor das Concessionárias. (subitem 3.9.9)

4.4. O Poder Concedente deve indicar, no edital e seus anexos, em quais áreas livres de cada um dos blocos ou terrenos na área exterior aos cemitérios serão implantados os crematórios, levando em consideração os custos de um eventual procedimento de desapropriação. A falta de indicação da área e de previsão dos custos de uma possível desapropriação configura indefinição do objeto licitado e risco de prejuízo aos usuários, além de poder gerar deslizamento de investimentos, postergação do recebimento das receitas de cremação e pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro a favor da Concessionária. (subitem 3.4.f)

4.5. Não houve estimativa das receitas acessórias da concessão, em descumprimento ao art. 11, parágrafo único da Lei Federal 8.987/95. (subitem 3.9.4)

4.6. Os preços estipulados no edital para os serviços de “Cessão de Ossuário a prazo fixo” aos usuários dos cemitérios de categorias 3 e 4, bem como para os serviços de “Cremação” apresentam aumentos expressivos, carecendo de justificativa para seu estabelecimento, com a demonstração das fontes e das memórias de cálculo para a definição de tais valores. (subitem 3.9.10)

4.7. A SGM/SEDP deve esclarecer os pontos relativos à fiscalização dos serviços concedidos, relativamente à Agência Reguladora, à

designação de uma Unidade Técnica de Fiscalização e ao papel do Agente Técnico especializado. (subitem 3.7.2)

4.8. O levantamento de todos os bens a serem cedidos pelo Poder Concedente à Concessionária deve preceder o início do processo licitatório em atendimento ao art. 18 da Lei Federal 8.987/95. (subitem 3.6.6)

4.9. Os atestados de qualificação técnica carecem de rastreabilidade referente aos critérios adotados e precisa ser justificado o tempo de atendimento ao usuário. (subitem 3.6.5)

4.10. Os valores definidos a título de outorga fixa mínima a serem pagos como condição de assinatura dos contratos são expressivos, competindo à Prefeitura ponderar a definição do valor mínimo exigido por bloco, com vistas a não incorrer em riscos de restrição de competitividade. (subitem 3.9.1)

4.11. Não houve publicação do edital em língua estrangeira nem a comprovação da divulgação do certame no exterior, em infringência ao princípio da publicidade. (subitem 3.4.e)

4.12. Não há uma memória de cálculo dos valores e da composição dos custos do licenciamento ambiental, indicando quais são as parcelas incluídas e se o Sistema de Gestão Ambiental está realmente incluído no custo avaliado. Não foi possível encontrar a memória do cálculo desse valor, elaborada pela empresa Ernst & Young no processo relativo ao Chamamento Público 03/2017, conforme afirmado na Nota Técnica (Peça 52) (subitem 3.11.2)

4.13. A SGM/SEDP deve providenciar a adequação dos anexos do edital em relação às áreas que sofrerão intervenção (Apêndice II – Encargos de Obras do Anexo III – Caderno de Encargos da Concessionária e Anexo VII – Memorial Descritivo de Área) para evitar controvérsias futuras (subitem 3.11.4)

4.14. Há evidência comparativa apontando para o risco de que alguns cemitérios não lograrão êxito na obtenção da certificação ISO 14.001:2015 no prazo estipulado pelo edital. Além disso, deverá ser esclarecido no edital como se dará a implantação do SGA e se o custo da implantação deste sistema está incluído no custo da certificação ISO 14.001:2015 e, caso não esteja, apresentar este

custo para inclusão na modelagem econômico-financeira (subitem 3.11.3)

Ademais, foram apontadas Improriedades/Infringências que demandam medidas corretivas, quais sejam:

4.15. A exigência do item 15.2.1.d.v do edital é indevida, visto que o Código Civil de 2002 e a Comissão de Valores Mobiliários já estabeleceram que o registro na citada entidade é suficiente para garantir a publicidade relacionada a fundos de investimento. (subitem 3.6.3)

4.16. As exigências do edital são insuficientes para aferir a boa situação econômica das licitantes, segundo as prerrogativas dispostas no art. 31 da Lei Federal 8.666/93. (subitem 3.6.4)

4.17. Não há previsão sobre a destinação dos estoques de itens adquiridos pelo Serviço Funerário, existentes ao final do estágio 1, cuja destinação da receita proveniente da venda precisa ser definida. (subitem 3.7.1)

4.18. O Poder Concedente deve ele mesmo proceder à contratação do Agente Técnico Especializado para realizar auxílio material na análise do Fator de Desempenho, preservando seu poder de fiscalização, a segregação de funções e os demais princípios constitucionais que regem a administração pública, determinando ainda as metodologias de cálculo, quais as funções a serem exercidas pelo agente e por si e como as entregas serão formalizadas. (subitem 3.7.4)

4.19. O item 4.6 da minuta do contrato não assegura o respeito ao princípio do juiz natural, devendo ser retificado para constar que a substituição da Câmara de Arbitragem por acordo das partes somente dar-se-á de forma motivada e previamente ao litígio. (subitem 3.7.4)

4.20. Adequar o edital deixando claras as regras acerca da digitalização dos livros de registro dos cemitérios e da proteção dos dados pessoais obtidos por meio do recadastramento. (subitem 3.8.8)

4.21. Há discrepância entre a definição do prazo da concessão e o prazo de amortização dos investimentos em cada bloco. (subitem 3.9.2)

4.22. Faz-se necessária, pela SGM/SEDP, a comprovação da fidedignidade dos quantitativos apurados de jazigos e ossuários, a fim de afastar a incidência de riscos de oneração por recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de sua apuração equivocada. (subitem 3.9.9)

4.23. Recomenda-se à SGM/SEDP classificar as receitas de serviços adicionais e fora das especificações previstas, mas classificadas como de Tarifas Classe B, como receitas acessórias. (subitem 3.9.10)

4.24. Faz-se necessário que o edital preveja que a assunção da concessão por parte de financiador, em caso de inadimplência da Concessionária, dar-se-á em caráter temporário e em prazo disciplinado pelo Poder Público, nos termos do art. 27-A, caput e § 6º da Lei Federal 8.987/95. (subitem 3.9.8)

4.25. Há necessidade de se estabelecer claramente o papel da Agência Reguladora e a competência de outros órgãos na concessão dos serviços. (subitem 3.8.7)

4.26. Para que a metodologia de avaliação do valor da remediação se aproxime do real, a SGM/SEDP deve providenciar um laudo cautelar no sentido de identificar as áreas de possíveis contaminações, uma vez que o valor total da remediação foi avaliado em R\$ 82.358.234,00, ou seja, um valor significativo e que deve ser escrutinado adequadamente de forma a evitar as situações de reequilíbrio dos contratos a que estariam sujeitas (subitem 3.11.1).

Ato contínuo, diante da relevância dos achados, foi realizada longa Mesa Técnica com a Origem, aos 27/04/2022, com o intuito de esclarecer pontos e superar divergências, na qual foram tratadas diversas questões suscitadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Na reunião, das 14 impropriedades que a Auditoria entendeu ensejarem a suspensão do certame, buscou-se tratar individualmente cada caso, de modo a convergir os entendimentos técnicos e superar ou delimitar medidas para a correção do Edital, de forma que durante a Mesa Técnica ficou evidente a necessidade de republicação do Edital para a realização de ajustes. Assim,

entendo que a licitação poderá ocorrer, desde que promovidas as seguintes alterações estruturais na peça editalícia:

1. 4.2. Há possibilidade de adjudicação de 2 blocos a um mesmo licitante, havendo risco de que ocorra concentração de mercado maior que a desejada pela Administração Pública. (subitem 3.9.6)

Sobre a questão, ficou evidenciada na reunião técnica a necessidade de revisão da regra que abre a possibilidade de adjudicação de 2 blocos a um mesmo licitante, o que poderia tornar a prestação dos serviços e a gestão dos cemitérios um duopólio, com excessiva concentração de mercado, não trazendo os alegados ganhos com a concessão, como entrada de novos competidores, aumento da eficiência na prestação dos serviços e competição interna entre as futuras concessionárias.

Cabe destacar que este TCM-SP possui relevantes decisões contrárias ao disposto no edital em tela. Entre elas, destacam-se: i) a limitação de adjudicação de mais de um lote na recente Concessão dos Terminais e ii) a limitação de adjudicação de mais de um lote na licitação dos Serviços Indivisíveis de Limpeza (varrição), licitação marcada por ampla participação e relevantes valores de economia para a Municipalidade, quando comparado ao contrato anterior.

Dessa forma, **DETERMINO que a Origem reveja as regras de adjudicação do certame, de forma que não permita a adjudicação de mais de um lote a um mesmo licitante.**

2. 4.3. Há incertezas quanto ao real valor de passivo ambiental existente nos cemitérios, o que cria riscos de ativação de reequilíbrio econômico-financeiro em favor das Concessionárias. (subitem 3.9.9)

Trata-se de item de grande relevância e cujo entendimento ainda não está pacificado, a despeito de todo o esforço da Mesa Técnica, referindo-se aos parâmetros utilizados pela Origem para estimar os custos da remediação ambiental, sendo necessário maior aprofundamento dessa discussão técnica ao longo da instrução processual.

Segundo a Especializada, a metodologia utilizada pela Origem para estimar os valores para remediação de possíveis áreas contaminadas pelos cemitérios apresenta falhas, tais como: i) a proporção da área contaminada sobre as áreas totais dos cemitérios e o tamanho a ser considerado para as áreas, tendo em vista a não consideração de possíveis danos ambientais adjacentes à área concedida; ii) a divisão equitativa do valor entre os cemitérios, mesmo existindo uma grande diferença

de áreas entre eles. Para definir o valor global utilizou-se de um custo por metro quadrado estimado, multiplicado pela área total de todos os cemitérios e, em seguida, injustificadamente, promoveu-se uma divisão desse valor pelo número de cemitérios.

Destaca-se, nesse sentido, a manifestação da Auditoria sobre os riscos da adoção de um parâmetro inadequado para remediação ambiental: ***“A estimativa por meio de valores desprovidos de fidedignidade torna incerto o real valor de passivo ambiental atualmente existente nos cemitérios públicos do Município, criando riscos de ativação da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Público, não previstos inicialmente.”***

Assim, é extremamente relevante estimar um valor o mais fidedigno possível, pois ambos os desvios - uma estimativa muito maior ou a menor - são prejudiciais à concessão.

A título exemplificativo, a hipótese de eventual cálculo a maior de remediação ambiental poderia ensejar um reequilíbrio econômico a favor do Poder Concedente, como alegou a Origem na Mesa Técnica, resultando, possivelmente, em uma maior outorga para a Administração. Por outro lado, essa medida, se desnecessária, causa a oneração do valor da concessão, e todos os reflexos subsequentes (valor da garantia de proposta, da garantia de execução, maior valor da outorga fixa), os quais possuem um custo importante para os interessados.

Contudo, no caso de uma estimativa menor, aumenta-se a probabilidade de um desequilíbrio a favor da concessionária e, considerando eventuais limitações orçamentárias impostas ao Poder Público, no horizonte de uma concessão de 25 anos, a solução possivelmente seria a prorrogação do prazo da concessão. Além disso, tais valores podem não ser suficientes para arcar com futuras remediações.

Dessa forma, **DETERMINO que a Origem reveja os parâmetros utilizados na metodologia de cálculo da recuperação ambiental, buscando alcançar uma estimativa mais fidedigna, nos termos do estabelecido em Mesa Técnica e apontamentos do Relatório da Auditoria.**

3. 4.7. A SGM/SEDP deve esclarecer os pontos relativos à fiscalização dos serviços concedidos, relativamente à Agência Reguladora, à designação de uma Unidade Técnica de Fiscalização e ao papel do Agente Técnico especializado. (subitem 3.7.2)

Sobre tal aspecto, é necessário que a Origem busque o tratamento adequado quanto à definição de como será feita a fiscalização dos serviços concedidos, especialmente quanto às atribuições da Agência Reguladora, à designação de uma Unidade Técnica de Fiscalização e ao papel do Agente Técnico Especializado (subitem 3.7.2 do Relatório da SFC).

De acordo com a Auditoria, o Agente Técnico Especializado, terceiro que pode ser contratado tanto pelo Poder Concedente como pelo Concessionário, será responsável por prestar apoio na aferição do Fator de Desempenho - FDE. O referido FDE irá compor a outorga variável a ser paga ao Poder Concedente, buscando estabelecer um sistema de incentivos à adequada execução dos serviços. Assim, a dinâmica de contratação e execução de tarefas do dito Agente é de fundamental importância para consecução dos resultados buscados pela Administração com a concessão.

Nas palavras da Especializada: *“O papel desempenhado, que deveria ser de mero auxiliar do Poder Público é, na verdade, de protagonista do procedimento de controle da execução contratual, usurpando a função da Agência Reguladora criada pela LM 17.433/2021.”*

Ainda, a SFC aponta que, da forma como redigido o Edital, cabe ao agente privado avaliar os serviços prestados pelas concessionárias, estabelecer parâmetros objetivos de qualidade e avaliar o desempenho das concessionárias, tarefa que, pela indelegabilidade do Poder de Polícia, caberia à Agência Reguladora exercer.

Ademais, eventual possibilidade de contratação do Agente Técnico Especializado pela Concessionária não atenderia, nas palavras da Auditoria, *“aos princípios da impessoalidade, moralidade, segregação de funções, proibição administrativa, julgamento objetivo, e outros, não faz sentido que o agente técnico que auxiliará na análise do atingimento de metas pela Concessionária seja por ela contratado”*.

Diante de todo o exposto, **DETERMINO** que a Origem reveja as atribuições de fiscalização dos serviços concedidos, com a adequada distribuição de competências entre o Poder Concedente, Agência Reguladora e o Agente Técnico, este último restrito ao papel de apoio à fiscalização, com espoco definido, respeitando os princípios informadores da Administração Pública.

4. Uso de soluções tecnológicas para fiscalização e monitoramento do andamento dos serviços

Sobre a questão, pelo exposto na Mesa Técnica, não foi previsto o uso de soluções tecnológicas para fiscalização e monitoramento do andamento dos serviços, como remoção, velório e enterro, especialmente quanto a prazos, desde a abertura do chamado, que garanta o adequado nível de serviço e reduza, inclusive, o tempo de espera em relação ao horário agendado para o sepultamento/cremação.

Considerando que parte dos usuários são amparados pelas gratuidades e parte serão pagantes, é imprescindível mecanismos contratuais para garantir o tratamento isonômico, uniforme e tempestivo a todos os usuários, independentemente de sua capacidade de retribuição econômica.

Como inequívoco, o objetivo último da concessão em questão diz respeito à adequada prestação dos serviços funerários e cemiteriais (sepultamento ou cremação), com observância dos regramentos técnicos e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, em termos operacionais, a tolerância prevista para atrasos de sepultamento agendados mostra-se excessivamente longa (12 horas) e, somado ao fato de que não está previsto o uso de recursos tecnológicos capazes de acompanhar o andamento da prestação dos serviços, em tempo real, cria-se um ambiente propício à ocorrência de situações desconformes, desfavorecendo, em especial, os beneficiários das gratuidades e não garantindo o interesse público primário almejado pela concessão.

Nesse aspecto, vale ressaltar as colocações feitas pela Auditoria:

"Mensuração do tempo de atendimento: o item 29.7.1.c. vi do Anexo III (peça 11) prevê que a agência funerária para a qual o usuário beneficiado pelas gratuidades tenha se dirigido deverá informar o horário de atendimento nessa agência e o tempo de espera para o início da execução dos serviços funerários pela agência funerária do respectivo cemitério ou crematório no qual se dará a realização dos serviços cemiteriais.

É uma importante medida para avaliar o tempo de espera para a realização dos serviços e para evitar que a Concessionária deixe de prestar serviço ao beneficiário da gratuidade ou demore muito para realizá-lo, favorecendo outros usuários pagantes, já que arcará com todas as despesas da gratuidade, dentro das faixas pactuadas. Todavia, é preciso deixar claro como será medido e controlado esse tempo, bem como suas consequências em caso de descumprimento, pois não há previsão desse tipo de ocorrência no Anexo XII Infrações e Penalidades (peça 51).

Nesse sentido, o item 21.3.10 do Anexo III Caderno de Encargos da Concessionária (peça 11) estabelece que a Concessionária deverá realizar o sepultamento em até 12 horas após o horário agendado, o que pode ser considerado um tempo excessivo e precisa ser justificado pela SGM". (g.n.)

Pelo exposto, **DETERMINO** que a Origem faça constar no Edital a obrigatoriedade do uso de ferramentas tecnológicas que permitam o controle e monitoramento, em tempo real, da execução dos serviços, bem como reveja a definição dos níveis de serviços para garantir o atendimento isonômico, uniforme e tempestivo a todos os usuários, independentemente da capacidade econômica, e, por fim, inclua a aferição de tais mecanismos dentro do Fator de Desempenho – FDE a ser atingido pela concessionária.

5. Conclusão

Em conclusão, apesar das determinações acima tratarem apenas das questões entendidas como estruturais por este Relator, cabe assinalar a necessidade de que a Origem promova os demais ajustes debatidos em Mesa Técnica e apontados no Relatório de Auditoria.

DETERMINO que a Origem promova as alterações especificadas nesta decisão, com a conseqüente republicação do Edital ajustado, cujo teor fica condicionado à futura deliberação do Pleno desta Corte acerca do atendimento das determinações, sem prejuízo da análise dos atos administrativos realizados ao longo de todo processo.

Fica mantida, por parte desta Relatoria, a sessão complementar da Mesa Técnica prevista para 5/5/2022, às 14:30h.

Expeça-se, com urgência, ofício à Origem, na pessoa do Sr. Secretário de Governo Municipal, e intime-se o Sr. (a) Presidente da Comissão Especial de Licitação do teor da presente decisão, encaminhando-se cópia da mesma.

Por derradeiro, ficam prejudicados os pedidos cautelares de suspensão da presente Concorrência nas Representações acima referenciadas. Considerando que a presente decisão produz efeitos em relação às referidas Representações, DETERMINO que cópia desta seja juntada aos respectivos TCs.

Dê-se ciência às Representantes do teor do presente despacho.

Publique-se.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 04 de maio de 2022.

MAURICIO FARIA
Conselheiro