



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
Esplanada dos Ministérios - Bloco P - Ed. Sede, Sala 215 - Bairro Zona Cívico-Administrativa
CEP 70048-900 - Brasília/DF - (61) 3412-5159

Ofício SEI nº 79/2018/GABIN/SEPRAC-MF

Ao Senhor Rafael Gândara Calabria
IDEC - Instituto de Defesa do Consumidor
Líder de Projetos - Mobilidade Urbana
Rua Desembargador Guimarães, 21
Água Branca - São Paulo - SP
CEP: 05002-050

Assunto: Resposta à Carta Idec nº 84/2018/COEX sobre a licitação do serviço de transporte público de passageiros do município de São Paulo

Referência: Ao responder este Ofício, favor indicar expressamente o Processo nº 10099.100043/2018-33.

Senhor Líder de Projetos,

1. De ordem do Senhor Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, Substituto, encaminho PARECER SEI Nº 68/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, de 05 de outubro de 2018, que analisou as minutas de Edital e seus Anexos e Contratos, para a delegação, por concessão, da prestação do serviço de transporte coletivo público de passageiros, no município de São Paulo, para o Grupo Estrutural, dividida em 31 Lotes de Serviço, disponibilizada no sítio eletrônico da empresa São Paulo Transportes S/A - SPTRANS.

2. Colocamo-nos à disposição para eventuais esclarecimentos.

Atenciosamente,

Documento assinado eletronicamente

TATIANE CRUZ SOUSA

Chefe de Gabinete, substituta



Documento assinado eletronicamente por **Tatiane Cruz Sousa, Chefe de Gabinete Substituto(a)**, em 15/10/2018, às 10:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1268346** e o código CRC **FFC99DE1**.

Processo nº 10099.100043/2018-33.

SEI nº 1268346



MINISTÉRIO DA FAZENDA

Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
Subsecretaria de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação
Coordenação-Geral de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento

PARECER SEI Nº 68/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF

Assunto: Análise das minutas de edital e seus anexos e contratos da concessão do serviço de ônibus no Município de São Paulo.

Acesso: Público

Processo SEI nº 10099.100043/2018-33

1. Introdução

1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), por meio da Carta Idec nº 84/2018/Coex, de 20 de março de 2018, encaminhou à Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), representação sobre falta de critérios para tratar competitividade e concentração excessiva presentes nas minutas de Edital e seus Anexos e Contratos, para a delegação, por concessão, da prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros, no município de São Paulo, para o Grupo Estrutural, dividida em 31 (trinta e um) Lotes de Serviços. Este processo foi colocado em Consulta Pública¹¹, nos termos do Decreto Municipal nº 48.042/06, objetivando colher da sociedade civil contribuições para o aprimoramento dos documentos que informam a Concorrência Pública acima indicada.
2. O instituto elencou uma série de pontos a respeito do procedimento licitatório supracitado, alegando, em linha gerais, “falta de competitividade na futura licitação de ônibus de São Paulo, solicitando, desde já, o acompanhamento direto e apuração” desta secretária.
3. A demanda trazida à baila trata da análise contempla três procedimentos licitatórios do tipo menor valor da Tarifa de Remuneração Ofertada (TO), para a delegação, por meio de concessão, da prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros no Município de São Paulo (SP).
4. Os procedimentos licitatórios mencionados são os seguintes: (i) Grupo Estrutural; (ii) Grupo Local de Articulação Regional; e (iii) Grupo Local de Distribuição. A licitação dos três procedimentos mencionados visa a atender o desejo de modernização do transporte público de passageiros. Atualmente, o serviço de transporte coletivo público de passageiros no Município de São Paulo se dá, por determinação legal, com base em dois subsistemas: Subsistema Estrutural e Subsistema Local.
5. De acordo com o documento denominado “justificativa para as contratações”, o Subsistema Estrutural operará majoritariamente com ônibus de grande capacidade -articulados - desafogando e racionalizando o Viário Estrutural de interesse dos Ônibus (VEIO). Subsistema Local é responsável por atender às demandas internas de uma mesma região e conectar esta região

ao Subsistema Estrutural. Esse subsistema atuará em trajetos mais sinuosos, concebidos sob a lógica da capilaridade e da ampliação da área de cobertura e de demanda mais dispersa, e, dentro destas características, as linhas do Subsistema Local devem operar com carros menores.

6. Dentro da nova concepção de transporte público de passageiros no Município de São Paulo, o Subsistema Local será dividido em dois grupos com funções distintas: (i) Linhas Locais de Articulação Regional e (ii) Linhas Locais de Distribuição. De acordo com o Documento “justificativa para as contratações”, os dois grupos desempenharão as seguintes funções, *in verbis*:

“As primeiras percorrem itinerários menos sinuosos e conectam bairros vizinhos, dentro de uma mesma Região da Cidade. As segundas, dão conta de itinerários mais complexos e sinuosos, atendendo internamente cada bairro, compreendendo os seus equipamentos públicos - escolas, hospitais, ambulatórios, delegacias, bibliotecas, centros esportivos - e os polos ou destinos de atração de viagens internas a estes bairros como, por exemplo, centros comerciais, fábricas, conjuntos habitacionais, supermercados, faculdades e universidades. Conforme o caso específico, ao conectarem Regiões ou Bairros aos grandes eixos de deslocamento da Cidade, e de acordo com a localização, alimentam o Subsistema Estrutural e, a maior especialidade de cada tipo de linha, contribuirá com a racionalidade do serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros.”

7. A licitação para o Grupo Estrutural (E) está dividida em 08 (oito) lotes de serviços, a licitação para o Grupo Articulação Regional (AR) está dividida em 10 (dez) lotes e a licitação para o Grupo Locais de Distribuição (D) está dividida em 13 (treze) lotes.

8. Diante da representação do Idec, esta Seprac analisou os três editais e contratos disponíveis na Consulta Pública nº 001/2017 e vigentes à época do envio da carta. No entanto, em 24 de abril de 2018, a Prefeitura de São Paulo relançou as Concorrências nºs 001, 002 e 003/2015 – SMT-GAB, com novas versões para os editais e contratos.

9. Em 08 de junho de 2018, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP) determinou a suspensão do edital das concorrências nºs 001, 002 e 003/2015 – SMT-GAB, com abertura/retomada marcada para os dias 11, 12 e 13 de junho de 2018. De acordo com o Ofício do conselheiro Edson Simões, o Tribunal identificou 51 irregularidades e 20 impropriedades, fazendo ao fim e ao cabo 19 recomendações à Secretaria Municipal dos Transportes.

10. Tendo por base a suspensão do edital das referidas concorrências proferida pelo TCMSP, e considerando as atribuições de advocacia e promoção da concorrência desta Secretaria, o presente parecer visa analisar e identificar dispositivos presentes nos editais e contratos referentes as concorrências supracitadas que tenham o condão de reduzir a concorrência e não atendam às melhores práticas regulatórias. Além desta introdução, este parecer divide-se da seguinte maneira: (i) da atribuição de promoção da concorrência da Seprac; (ii) dos dispositivos sensíveis do ponto de vista concorrencial nos editais; (iii) da análise; (iii) da política tarifária; e (iv) conclusão.

2. Da Atribuição de Promoção da Concorrência da Seprac

11. Na atual configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)^[2], uma das competências desta Secretaria é “avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e

instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens”, articulando-se com os órgãos públicos responsáveis (Decreto nº 9.003, de 16 de maio de 2011, art. 41-A, inciso I e, c/c inciso IX).

12. Dentro desse contexto, está entre as atribuições da Seprac do Ministério da Fazenda a advocacia da concorrência, que consiste em esclarecer e inculir nos agentes econômicos (dentre os quais estão agentes privados e públicos) os ganhos alocativos e produtivos que a introdução e manutenção da concorrência produzem. Tais benefícios, de modo geral, traduzem-se em preços menores e qualidade superior de bens e produtos, além de maior incentivo à inovação tecnológica. Em suma, a advocacia da concorrência visa fomentar a concorrência na sociedade (o que necessariamente inclui o meio empresarial) e nos órgãos da Administração Pública.

13. Uma das formas de se promover a advocacia da concorrência é a identificação, pelos órgãos que compõem o SBDC, de normas legais ou infralegais que tenham o condão de ferir ilicitamente a livre iniciativa ou a livre concorrência, conforme artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal. Ressalta-se que, do ponto de vista institucional, a Seae não constitui instância deliberativa dentro do SBDC, embora possa provocar ou instigar eventuais mudanças normativas ou regulatórias.

14. Assim, segundo a competência estabelecida no inciso IV do art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), a presente nota técnica analisa os três editais de licitação com o intuito de identificar os dispositivos sensíveis do ponto de vista concorrencial no sentido de orientar ações de advocacia da concorrência no mercado de transporte público coletivo de passageiros no Município de São Paulo.

15. As conclusões desse estudo possuem caráter meramente opinativo, servindo tão somente para ajustar os documentos referentes a licitação para a prestação de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros no Município de São Paulo às melhores práticas concorrenciais.

3. Dos dispositivos sensíveis do ponto de vista concorrencial nos editais

16. Os editais para a licitação dos Grupos E, AR e D são compostos por dispositivos sensíveis do ponto de vista concorrencial que ou são anticompetitivos ou tem potencial para gerar comportamentos anticompetitivos nos certames.

17. Os itens identificados no Quadro 1 estão presentes nos três editais de licitação.

Quadro 1. Itens concorrencialmente sensíveis

Capítulo	Item
Capítulo II	2.2.18. Autorizar cisão, fusão e transferência de controle acionário da concessionária prestadora dos serviços de transporte coletivo de passageiros.
	2.2.19. Autorizar a transferência da concessão, nos casos previstos na legislação vigente.
Capítulo III	*3.9. Para o início da operação, a concessionária deverá dispor de garagem (ns) para abrigo, abastecimento e manutenção da frota operacional, bem como para realização dos serviços administrativos de apoio, observando-se

todo o disposto no Anexo V deste Edital. A(s) garagem(ns) da concessionária deverá(ão), preferencialmente, estar(em) localizada(s) no perímetro do(s) seu(s) lote(s) de concessão. (Grifo nosso).

3.9.1. Na hipótese da garagem ou o pátio de estacionamento estarem localizados em local distinto do perímetro de seu(s) respectivo(s) lote(s), porém necessariamente localizado dentro do Município de São Paulo, os percursos ociosos fora do respectivo perímetro não serão considerados para efeito de remuneração e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

...

3.9.4 Na hipótese de o Licitante não dispor de local para abrigo, abastecimento e manutenção da frota operacional, bem como para realização dos serviços administrativos de apoio, o Poder Concedente poderá outorgar aos adjudicatários a promoção das desapropriações concernentes aos imóveis vinculados ao Transporte Coletivo Público de Passageiros no Município de São Paulo.” (Grifo nosso).

3.9.4.1. O Anexo V deste Edital contém a relação dos imóveis que estão com a Declaração de Utilidade Pública – DUP.

3.9.4.2. O Licitante, na sua proposta, deverá indicar qual(is) imóvel(is) dentre aqueles que constam no Anexo V deverá ser objeto da desapropriação em seu favor caso seja contratado.

3.35.6. A concessionária deverá manter disponível em sua frota patrimonial um percentual de 8% (seis por cento) de veículos como Reserva Técnica, de acordo com a composição de sua frota operacional, respeitando a proporcionalidade de cada tipo de veículo, para atendimento aos planos de manutenção preventiva, corretiva, reparos essenciais na frota e situações operacionais eventuais, visando garantir a disponibilidade de 100% (cem por cento) da frota operacional diariamente, para os atendimentos das Ordens de Serviços Operacionais – OSOs.

3.35.6.3. A concessionária poderá manter Reserva Técnica adicional de até 5% (cinco por cento) em relação ao percentual definido no item. 3.35.6. deste Edital, não sendo este adicional remunerado pelo Poder Concedente.

3.37.2. A concessionária deverá enviar os documentos que comprovem a propriedade ou posse do veículo guincho (definitivo ou provisório) em até 05 (cinco) dias úteis, contados da emissão da Ordem de Serviço Operacional Provisória – OSOP.

	<p>3.48. Para as atividades relacionadas ao sistema de monitoramento e gestão operacional; a operação das bilheterias dos terminais de integração e estações de transferência e dos postos de atendimento ao usuário do Bilhete Único; e administração, manutenção e conservação dos terminais de integração e estações de transferência indicados nos Anexos VII e XI deste Edital, as concessionárias deverão se organizar em uma única pessoa jurídica, na forma de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, nos termos do Anexo VIII-8C.</p> <p>3.48.1. As atividades de que trata o item 3.48., exceto aquela relacionada ao sistema de monitoramento e gestão operacional, poderão ser excluídas do objeto do contrato da SPE a qualquer tempo, conforme previsto no Plano de Desestatização, em consonância com a Lei Municipal nº 16.703, de 04 de outubro de 2017, não cabendo à SPE qualquer tipo de indenização, reembolso ou compensação por parte do Poder Concedente, seja a que título for.</p> <p>3.48.2. A amortização do investimento será compensada pelo concessionário que assumir os serviços, observadas as regras do Plano de Desestatização.</p>
Capítulo X	<p>10.2.1. <u>Atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa(s) jurídica (s) de direito público ou privado, em nome da Licitante individual ou de membros do Consórcio, que comprove(m) ter ela executado, satisfatoriamente, serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, na seguinte forma.</u></p> <p>10.2.1.7. Não serão aceitos, em qualquer hipótese, para comprovação da aptidão Técnico-Operacional da licitante, <u>contratos de cessão de tecnologia ou instrumentos de natureza similar entre a licitante e terceiros</u>, mesmo que esses sejam pertencentes a um mesmo grupo econômico, ou cujo(s) Responsável(eis) Técnico(s) seja(m) o(s) mesmo(s) da licitante.</p>
Capítulo XVI	<p>16.5. A transferência do Contrato da Concessão ou do controle acionário da Concessionária, bem como a realização de fusões, cisões e incorporações, deverá ter prévia e expressa anuência do Poder Concedente.</p>

18. Esta secretaria, com base nas competências que lhe competem o art. 19 da Lei nº 12.529/2011, apresenta a análise de todos os itens citados no Quadro 1 sob a ótica da defesa da concorrência.

4. Da análise

19. Conforme disposto no inciso V do art. 30 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a competência para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os

serviços públicos de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Em complemento, a CF/88 em seu art. 175, delega ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

20. Adicionalmente, a prestação de serviços públicos de transporte de passageiro encontra amparo na Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012), que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. De acordo com o caput do art. 1º da lei em comento, a Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal, objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.

21. Em que pese ser a licitação pública um mecanismo competitivo de escolha de empresas para prestar serviços públicos muito utilizado, a sua utilização não está imune a existência de infrações à ordem econômica, que tem como o seu maior representante a prática de cartéis em licitações.

22. As infrações à ordem econômica associadas com as licitações públicas podem estar associadas, entre outras coisas, com o desenho dos instrumentos formais do processo licitatório, como é o caso, por exemplo, do edital.

23. O desenho do edital pode gerar incentivo a prática de infrações à ordem econômica não somente pela existência de dispositivos inapropriados concorrencialmente, mas também pela ausência de dispositivos relevantes para o bom desempenho concorrencial do certame.

24. As licitações são regidas pelas disposições da Lei Municipal nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001 e alterações; Lei Municipal nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002 e alterações; Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e alterações; Lei Federal nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012 e alterações; Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações, no que couber; e demais normas aplicáveis, em especial as cláusulas e condições fixadas neste Edital.

4.1. Da análise concorrencial

4.1.1. Da regulação

25. Na parte referente a regulação vale mencionar o quanto descrito nos itens 2.2.19. e 2.2.20 dos editais de licitação. Ambos os itens merecem considerações do ponto de vista concorrencial.

26. Os itens são expressos abaixo, *in verbis*:

"2.2.19. Autorizar cisão, fusão e transferência de controle acionário da concessionária prestadora dos serviços de transporte coletivo de passageiros.

2.2.20. Autorizar a transferência da concessão, nos casos previstos na legislação vigente."

27. A primeira observação que se faz diz respeito as competências do Município de São Paulo para autorizar atos de concentração (cisão, fusão e transferência de controle acionário do concessionário) e para autorizar a transferência da concessão.

28. De acordo com o caput do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária necessita da prévia anuência do poder concedente para que não haja caducidade da concessão. A prévia anuência está associada com as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço (inciso I do parágrafo único), além de ter que se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

29. Importante verificar que o art. 27 da lei de concessões não trata dos aspectos concorrenciais que envolve a transferência de controle societário das concessionárias. O referido artigo trata, conforme expresso nos incisos do parágrafo único, de outros elementos não concorrenciais (capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal).

30. Com relação ao item 2.2.19., vale mencionar que a competência de analisar atos sob o ponto de vista concorrencial (cisão, fusão e transferência de controle societário) é do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e não do Município. Tendo por base o entendimento de que a competência de aprovação ou não do Ato de Concentração (AC) é da autoridade de concorrência brasileira, uma vez reprovado o Município de São Paulo não pode mais o revogar no nível administrativo, somente cabe recurso ao poder judiciário.

31. Portanto, o dispositivo representado pelo item 2.2.19. deve trazer menção direta a competência do Cade para o controle de estruturas. Do ponto de vista concorrencial, a inclusão da competência da autoridade concorrencial mitiga a insegurança jurídica do participante do certame, na medida em que torna claro os limites de atuação das empresas.

32. No que se refere ao item 2.2.20., vale fazer a distinção entre a transferência de concessões e de controle societário no âmbito do art. 27 da lei de concessões e o quanto expresso na lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011). A concessão é um contrato entre a administração pública e uma empresa privada, por meio do qual a primeira transfere à segunda a execução de um serviço público, para que esta o exerça em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário.

33. A transferência de concessão é um ativo intangível que é realizado por via contratual. De acordo com o inciso II do art. 90 da lei n. 12.529/2011, contratos com essa característica são definidos como atos de concentração. Estando presentes os critérios de subsunção previstos na legislação de defesa da concorrência, esses contratos devem ser notificados pelas empresas ao Cade.

34. Sendo assim, a eficácia da autorização insculpida no item 2.2.20. somente se verificará quando o Cade apresentar a sua decisão terminativa, de maneira que o Município somente pode fazer a transferência da concessão quando o Cade aprovar a operação.

35. Conquanto seja importante fazer a distinção entre as competências do Poder Concedente e da autoridade concorrencial, o dispositivo apresentado no item 2.2.19. é claro ao definir que a autorização da transferência da concessão se dará nos termos da lei, ou seja, observando o art. 27 da lei de concessões.

36. Nesse sentido, essa Seprac recomenda que os dispositivos representados pelos itens 2.2.19. e 2.2.20. recebam as seguintes redações, respectivamente, *in verbis*:

“2.2.19. Dependendo de prévia aprovação da cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da Concessionária, sem prejuízo das competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade previstas em lei.

2.2.20. Para a transferência do controle societário ou da Concessão, a Concessionária deverá apresentar requerimento indicando e comprovando os requisitos de qualificação jurídica, fiscal, técnica e econômica das pessoas jurídicas interessadas, necessárias à assunção da Concessão, bem como demonstrando o compromisso em cumprir todas as cláusulas do Contrato.”

37. Ao promover a referida alteração, aplica-se o art. 27 da lei de concessões na íntegra e evita-se que haja interpretação equivocada a respeito das competências do Poder Concedente e da autoridade concorrencial.

4.1.2. Dos veículos

38. Como se pode verificar pelo dispositivo 3.35.6., a concessionária é obrigada a manter em sua frota patrimonial um percentual de 8% de veículos como reserva técnica. O referido dispositivo está expresso abaixo, *in verbis*:

“3.35.6. A concessionária deverá manter disponível em sua frota patrimonial um percentual de 8% (seis por cento) de veículos como Reserva Técnica, de acordo com a composição de sua frota operacional, respeitando a proporcionalidade de cada tipo de veículo, para atendimento aos planos de manutenção preventiva, corretiva, reparos essenciais na frota e situações operacionais eventuais, visando garantir a disponibilidade de 100% (cem por cento) da frota operacional diariamente, para os atendimentos das Ordens de Serviços Operacionais – OSOs.”

39. Essa reserva técnica eleva os custos de operação das empresas prestadoras de serviço de transporte coletivo de passageiros, o que, em última instância, representa um custo à entrada para as empresas, vez que, embora essa reserva possa ser precificada, eleva sobremaneira os custos de entrada no segmento e, conseqüentemente, os incentivos para a participação de empresas no certame.

40. Todavia, uma das características da prestação de serviço público de transporte de passageiro é a continuidade do serviço, de modo que alguma reserva técnica seja necessária para a segurança do sistema.

41. Conquanto essa reserva técnica seja necessária para a continuidade do serviço, a escolha do percentual de reserva técnica deveria ser uma decisão que caberia ao concessionário, vez que é esse agente que detém informações completas a respeito do seu negócio.

42. Nesse caso, o edital deveria prever cláusula impondo como obrigação que o concessionário adequasse a frota de reserva técnica aos procedimentos de operação. A título de exemplo segue a seguinte cláusula de obrigação do concessionário, *in verbis*:

“XXXX. Adequar a frota de reserva técnica aos procedimentos de operação e manutenção que garantam a execução do contrato, sob pena de pagamento de multa para o caso de interrupção da prestação de serviço público de transporte coletivo nos termos desse edital.”

43. Ao adicionar essa regra as obrigatoriedades de possuir propriedade de veículo guincho e de possibilitar que o Poder Concedente possa utilizar, a seu exclusivo critério, os guinchos de todas as empresas em forma de pool, conforme previsto nos itens 3.37.2 e 3.38., respectivamente, eleva-se ainda mais os custos de entrada, o que limita de forma potencial a ampla participação das empresas na licitação.

44. Os dispositivos representados pelos itens 3.37.2 e 3.38. estão assim descritos no Edital, *in verbis*:

“3.37.2. A concessionária deverá enviar os documentos que comprovem a propriedade ou posse do veículo guincho (definitivo ou provisório) em até 05 (cinco) dias úteis, contados da emissão da Ordem de Serviço Operacional Provisória – OSOP.

3.38. O guincho poderá ser requisitado pelo Poder Concedente, a seu exclusivo critério, para fazer parte do “pool” desses tipos de veículos a serem colocados em locais estratégicos dentro do seu lote de operação. Os serviços do guincho poderão ser solicitados para atendimento a qualquer ônibus do Sistema de Transporte Urbano que estiver alocado em seu lote de concessão.”

45. A respeito dos mencionados itens, é correto afirmar que o edital impõe obrigações aos concessionários que representam decisões privadas das empresas. Impor ao concessionário percentual para reserva técnica, exigir propriedade ou posse de veículo guincho e participar compulsoriamente do “pool” de guinchos é retirar das empresas a faculdade de alocação dos insumos para a maximização da sua atividade. O resultado desses mecanismos é a elevação dos custos para as empresas e, conseqüentemente, a elevação dos custos para os passageiros (tarifas).
46. Do ponto de vista concorrencial, mecanismos dessa natureza acabam por inibir a participação das empresas mais eficientes em razão do surgimento do problema de seleção adversa, uma vez que a elevação dos custos com reserva técnica arbitrárias e outras obrigatoriedades reduzem a possibilidade de ganhos pelas concessionárias via alocações ótimas privadas. Portanto, a imposição de elementos dessa natureza reduz sobremaneira a qualidade média dos participantes do leilão, o que, em última instância, afeta negativamente a concorrência na licitação.
47. Para solucionar o problema de seleção adversa mencionado, esta Seprac recomenda que o edital possua uma cláusula trazendo a obrigatoriedade de possuir o serviço de guincho para a sua frota, sob pena de pagamento de multas pelo não atendimento da ocorrência em prazo a ser definido pelo poder concedente. A título de exemplo segue a seguinte cláusula de obrigação do concessionário, *in verbis*:
- “XXXX. Adequar a frota de guinchos aos procedimentos de operação e manutenção que garantam a execução do contrato, sob pena de pagamento de multa para o caso de interrupção da prestação de serviço público de transporte coletivo nos termos desse edital.”*
48. Ao impor a obrigação de ter o serviço ao invés de impor a obrigação de possuir os guinchos, a empresa passa a poder dispor do serviço de guincho da maneira que melhor lhe convém, seja ela por meio de aquisição ou por meio de terceirização.
49. Ao permitir que o concessionário escolha a forma como disponibilizará os serviços de guinchos possibilita que a empresa faça gestões mais eficientes dos seus insumos o que resulta, inevitavelmente, em maiores possibilidades de ganhos para concessionário. A liberdade de escolha da empresa gera incentivos para a entrada de um número maior de empresas mais qualificadas no certame, o que, em última instância, eleva o número de participantes e a qualidade média desses participantes.
50. Alternativamente, a prestação de serviço de guinchos poderia ser ofertada por meio de uma licitação independente, que seria utilizada por toda a frota de ônibus mediante remuneração (uma parte fixa relacionada à disponibilização do guincho e outra variável ao uso). Nesse caso, as empresas especializadas em guincho, por exemplo, participariam da licitação de fornecimento de guincho para o sistema de transporte público.
51. Essa Seprac entende que a reserva técnica de 6% e a propriedade de guincho por parte da Concessionária são dois elementos que elevam os custos das empresas, com efeitos tanto sobre o valor da prestação do serviço quanto sobre os incentivos de participação das empresas no certame.
52. Portanto, essa Secretaria sugere que a reserva técnica deva estar prevista, mas que o Poder Concedente não estipule o percentual e sim preveja as regras (penalidades) para a concessionária executar os serviços da forma prevista. Raciocínio semelhante também se aplica a propriedade do guincho. Nesse caso, a concessionária deve ser a gestora desse ativo e o Poder Concedente estipular as regras em edital para a execução do serviço.

4.1.3. Da Sociedade de Propósito Específico

53. Ainda no Capítulo III, na parte relacionada ao sistema de monitoramento e gestão operacional (operação das bilheterias dos terminais de integração, por exemplo), observa-se que o edital prevê a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável por essa gestão. O item referente a esse dispositivo está disposto abaixo, *in verbis*:

“3.48. Para as atividades relacionadas ao sistema de monitoramento e gestão operacional; a operação das bilheterias dos terminais de integração e estações de transferência e dos postos de atendimento ao usuário do Bilhete Único; e administração, manutenção e conservação dos terminais de integração e estações de transferência indicados nos Anexos VII e XI deste Edital, as concessionárias deverão se organizar em uma única pessoa jurídica, na forma de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, nos termos do Anexo VIII-8C.”

54. Conquanto a concorrência pelo mercado e não no mercado, é importante ressaltar que a formação de SPE por todas as concessionárias existentes no lote de concessão pode, do ponto de vista concorrencial, incitar comportamento coordenado entre as empresas.

55. A preocupação concorrencial com esse item se dá com relação a futuros certames tanto para os lotes em que as empresas são detentoras de concessão quanto para outros lotes. Para as licitações futuras no próprio lote, a formação de uma SPE pode ser utilizada para que as empresas troquem informações concorrencialmente sensíveis entre si, escolhendo, dessa forma, as empresas que ingressarão nos próximos certames, ao passo que para os outros lotes a SPE também pode ser o catalizador de ações coordenadas entre as concessionárias, no sentido de facilitar a organização de um cartel em licitações.

56. A solução para mitigar o problema concorrencial resultante de informações cruzadas seria realizar licitações exclusivas para operação de terminais, estações e outros itens operacionais que são utilizados por todas as concessionárias. Importante impor a restrição de que as empresas participantes nos certames não tenham participação societária das empresas concessionárias, nem antes do certame nem após.

57. Tendo em vista a probabilidade de que as concessionárias troquem informações concorrencialmente sensíveis no âmbito da SPE, a solução concorrencialmente ótima seria a realização de um procedimento licitatório para a escolha de uma empresa para fazer as atividades relacionadas ao sistema de monitoramento e gestão operacional; a operação das bilheterias dos terminais de integração e estações de transferência e dos postos de atendimento ao usuário do Bilhete Único; e administração, manutenção e conservação dos terminais de integração e estações de transferência.

58. No entanto, o edital não deve permitir a participação de empresa que possuir individualmente ou o seu grupo participação acionária em qualquer uma das empresas concessionárias vencedoras nos lotes no município de São Paulo. O objetivo dessa restrição é o de evitar problemas de cunho concorrencial resultante da relação entre as concessionárias e o sistema de gestão.

59. Portanto, esta Seprac entende que a formação de SPE com as empresas concessionárias para desenvolver atividades operacionais pode gerar incentivos para a formação de cartel entre as concessionárias nos futuros certames nos seus lotes e nos demais lotes. Portanto, esta Secretaria recomenda que a cláusula que prevê a constituição da SPE seja excluída do edital e, como alternativa, recomenda que sejam realizados processos licitatórios para a administração dos terminais e que as empresas participantes não tenham participação cruzada com as concessionárias.

4.1.4. Da capacidade técnica operacional

60. O item 10.2.1., que trata da necessidade de experiência prévia no serviço de operação de ônibus, está assim expressa nos editais, *in verbis*:

"10.2.1. Atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, em nome da Licitante individual ou de membros do Consórcio, que comprove(m) ter ela executado, satisfatoriamente, serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, na seguinte forma:"

61. Como se pode verificar pelo item expresso, a empresa de transporte coletivo urbano de passageiros que deseja participar do certame deve comprovar, por meio de documentos emitidos por pessoa (s) jurídica (s), que a prestação de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros foi satisfatória.

62. A existência desse item nos editais representa uma barreira à entrada regulatória intransponível para as empresas entrantes no mercado de prestação de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, o que, além de ferir o direito constitucional a livre iniciativa e livre concorrência, limita a participação de empresas no processo licitatório.

63. Nesse sentido, esta Seprac recomenda que a comissão de licitação faça uma reavaliação a respeito dessa cláusula no sentido de identificar se o benefício da regra trazida na cláusula 10.2.1. não é inferior ao custo da ausência de mais concorrência no certame. Ademais, esta Secretaria também recomenda a ampliação do escopo das empresas prestadoras de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros para todas as empresas prestadoras de serviços de transporte coletivo de passageiros, seja intermunicipal e interestadual.

4.1.5. Da Transferência da Concessão e do Controle Societário

64. O item 16.5 está assim expresso no edital, *in verbis*:

"16.5. A transferência do Contrato da Concessão ou do controle acionário da Concessionária, bem como a realização de fusões, cisões e incorporações, deverá ter prévia e expressa anuência do Poder Concedente."

65. O município de São Paulo invoca para si, por meio do dispositivo 16.5., a competência de decidir sobre ato de concentração, competência essa privativa da autoridade concorrential do Brasil (Cade).

66. Com relação a transferência do controle acionário da Concessionária e a realização de fusões, cisões e incorporações a competência do Cade está bem definida, vez que essas operações são facilmente caracterizadas como um ato de concentração. Controvérsia, no entanto, pode surgir com relação a transferência do Contrato de Concessão.

67. É importante não confundir outorga de contrato de concessão com transferência de contrato de concessão. O contrato de concessão é uma cessão voluntária no qual o Poder Concedente outorga um direito para exploração de um serviço público e a transferência do contrato de concessão é uma cessão de direitos e obrigações em que um particular transfere ao outro particular os direitos e as obrigações pela exploração do serviço público. No primeiro caso, tanto a posse quanto o direito por conceder um serviço público são atribuídos ao Poder Concedente, enquanto que no segundo caso, conquanto o direito de conceder um serviço seja do Poder Concedente, a posse do instrumento passa a ser de um particular.

68. A existência de dois atores na transferência de contrato de concessão implica na existência dois *bureaus* de decisão: um associado com o controle de estruturas e o outro associado

com a anuência do Poder Concedente. A primeira decisão é competência do Cade quando o faturamento se enquadra nos critérios do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, uma vez que, de acordo com o inciso II do art. 90 da citada lei, a transferência de contrato de concessão é um ato de concentração e a segunda decisão é competência do Poder Concedente em razão do direito natural da concessão de serviço público.

69. Tendo sido feita a distinção entre as competências da autoridade de defesa da concorrência e do Poder Concedente em relação a transferência da concessão, vale mencionar que a transferência do Contrato de Concessão e dos demais atos dependerá da decisão terminativa da autoridade concorrencial e da anuência prévia do Poder Concedente.

70. Nesse sentido, o item 16.5. deve ser assim transcrito, *in verbis*:

“16.5. A transferência do Contrato da Concessão ou do controle acionário da Concessionária, bem como a realização de fusões, cisões e incorporações dependerá da prévia e expressa anuência do Poder Concedente, sem prejuízo das competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade previstas em lei.”

71. A referida ressalva, ao contrário do que possa parecer, aumenta a segurança jurídica do certame, o que tem o condão de atrair um número maior de participantes no leilão.

72. Portanto, essa Seprac recomenda que o dispositivo 16.5. incorpore trecho referente as competência do Cade nos termos da lei de defesa da concorrência. Importa especificar claramente os termos mencionados para evitar qualquer tipo de insegurança jurídica e, com isso amplia a participação de mais empresas no certame.

4.2. Dos aspectos gerais do Edital

73. O Edital é positivo em muitos aspectos e silente em outros. Com relação aos pontos positivos do Edital vale mencionar a:

- Ausência de limite de participação das empresas em múltiplos lotes;
- Ausência de limite para a participação de empresas que atuam em outros modais de transporte;
- Limitação para a participação de grupo econômico dominante no setor de prestação de serviços de transporte (ônibus);
- Previsão de desapropriação para fins de garagens e pátios de estacionamento.

74. De maneira inversa, o Edital é silente quando não permite que o processo licitatório possa permitir a participação de empresas internacionais.

4.2.1. Ausência de limite de participação das empresas em múltiplos lote

75. O edital não traz qualquer cláusula que imponha limitação à participação das empresas em múltiplos lotes.

76. Conquanto a ausência de limitação na participação de empresas em múltiplos lotes possa resultar em um único vencedor em todos os lotes, esse resultado de única empresa não pode ser confundido com a situação de monopólio, vez que a concessão de linhas para prestação de serviços de transporte (ônibus) resulta em monopólio da empresa naquela linha e a concorrência nessa linha se dá no momento da licitação, ou seja, em serviços públicos concedidos pelo Município a concorrência ocorre pelo mercado e não no mercado.

77. Em mercados onde a concorrência se dá pelo mercado, restrições que limitem a participação de empresas, ao contrário do que se possa imaginar, resulta em efeitos inversos sobre a concorrência, uma vez que ao impedir a participação de uma ou mais empresas nos lotes reduz o número de concorrentes em alguns dos certames.

78. Portanto, a permissão para que uma mesma empresa possa participar em todos os lotes, ao contrário do quanto argumentado pelas representadas, não afeta em nada a concorrência no mercado de prestação de serviços de transporte (ônibus) e amplia o número de empresas em todos os lotes a serem licitados.

4.2.2. Ausência de limite para a participação de empresas que atuam em outros modais de transporte

79. Um segundo aspecto positivo dos editais dos Procedimentos Licitatórios para a prestação de serviços de transporte público de passageiros no Município de São Paulo é o de que não há qualquer restrição à participação de empresas que atuam em outros modais de transporte nas licitações dos lotes.

80. Em um modelo ideal de transporte urbano de passageiros o ideal é que os diferentes modais sejam interligados, de maneira a haver ganhos de deslocamento para a população. Nesse caso, a participação de empresas atuantes em outros modais de transporte nas licitações para a prestação de serviços de transporte (ônibus), além de ampliar a concorrência pelo mercado, permite que haja uma alocação ótima entre os modais de transporte.

81. Portanto, não limitar a participação de nenhuma empresa que atua em outros modais de transporte é uma iniciativa importante porque gera incentivos para que um número maior de empresas participe dos certames, o que permite ampliar a qualidade média dos participantes.

4.2.3. Ausência de limitação para a participação de grupo econômico dominante no setor de prestação de serviços de transporte (ônibus)

82. O poder de mercado é um elemento de relevante importância na análise do desempenho dos mercados, pois é um elemento observável e que pode ser utilizado pelas autoridades regulatórias e de defesa da concorrência como ponto inicial para a imposição de restrições.

83. Em que pese o poder de mercado seja um critério objetivo para o monitoramento de uma empresa por parte da autoridade regulatória, é importante salientar que o simples fato de uma empresa deter poder de mercado não pode nem deve ser interpretado como um ilícito per se. Esse comando encontra-se emanado no §1º^[3] do art. 36 da Lei nº 12.529/2011.

84. A ilicitude surge, no entanto, quando a empresa detentora de poder de mercado o utiliza de forma abusiva com o intuito de prejudicar o ambiente concorrencial. Na verdade, o poder de mercado é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para que surjam efeitos anticompetitivos no mercado.

85. Conquanto seja legítima a preocupação com o excessivo poder de mercado de um específico grupo econômico na prestação de serviços de transporte público de passageiros, é importante salientar que se trata de procedimento licitatório para a obtenção do direito de prestar serviços de transporte e, portanto, de concorrência pelo mercado e não no mercado.

86. A intervenção do Estado em processo competitivo via licitação pelo mercado de prestação de serviços de transporte público de passageiros sem justificativa fundamentada nos

princípios que norteiam a defesa da concorrência (infração à ordem econômica) extrapola os ditames constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência previstos no artigo 170^[4] da Constituição Federal.

87. Adicionalmente, vale ressaltar que o papel da advocacia da concorrência é o de defender a concorrência e não o concorrente, de maneira que a imposição de restrição a qualquer empresa com base no seu poder de mercado sem que haja ilícito concorrencial, além de extrapolar os ditames constitucionais, reduz o número de concorrentes no certame, o que, em última instância, reduz a eficiência do processo licitatório pelo mercado e a possibilidade de maximização do benefício pelo Estado e pela sociedade.

4.2.4. Das garagens e pátios de estacionamento

88. O item 3.9. do edital, que prevê que o candidato a prestação de serviço de transporte público de passageiros no Município de São Paulo deva constituir garagem (ns) para abrigo está assim expressa, *in verbis*:

“3.9. Para o início da operação, a concessionária deverá dispor de garagem(ns) para abrigo, abastecimento e manutenção da frota operacional, bem como para realização dos serviços administrativos de apoio, observando-se todo o disposto no Anexo V deste Edital. A(s) garagem(ns) da concessionária deverá(ão), preferencialmente, estar(em) localizada(s) no perímetro do(s) seu(s) lote(s) de concessão. (Grifo nosso).”

89. A infraestrutura de garagens e pátios de estacionamentos de ônibus próximos aos lotes de concessão são necessários para a operacionalização do sistema de transporte público de passageiros, ainda mais tratando-se do município de São Paulo.

90. Em razão dos referidos ativos serem imprescindíveis para a prestação do serviço público de transporte de passageiros, estes deveriam ser considerados como bens reversíveis ao final das concessões. No entanto, considerando que os atuais contratos de concessão não contém esta previsão, caberia ao Poder Concedente (no caso, a prefeitura) promover a desapropriação do bem reversível e entregar para o novo concessionário operacionalizar durante a vigência do contrato de concessão.

91. O edital apresenta, no dispositivo 3.9.4., a previsão de que o Poder Concedente poderá outorgar aos adjudicatários a promoção das desapropriações:

“3.9.4. Na hipótese de o Licitante não dispor de local para abrigo, abastecimento e manutenção da frota operacional, bem como para realização dos serviços administrativos de apoio, o Poder Concedente poderá outorgar aos adjudicatários a promoção das desapropriações concernentes aos imóveis vinculados ao Transporte Coletivo Público de Passageiros no Município de São Paulo, sendo deles a responsabilidade pelas indenizações cabíveis, nos termos do inciso VIII do artigo 29 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995[5], e nos termos do art. 9º do Decreto Municipal nº...../2018, cujas regras estão dispostas no Anexo IV do Edital. (Grifo nosso)”

3.9.4.1. O Anexo V deste Edital contém a relação dos imóveis que estão com a Declaração de Utilidade Pública – DUP.

3.9.4.2. O Licitante, na sua proposta, deverá indicar qual(is) imóvel(is) dentre aqueles que constam no Anexo V deverá ser objeto da desapropriação em seu favor caso seja contratado.”

92. A previsão de que o Poder Concedente poderá outorgar aos adjudicatários a promoção das desapropriações representa um avanço importante na redução das barreiras à entrada do entrante que não possui garagens e pátios no local dos lotes, o que tende a expandir o número de participantes no certame.

93. Portanto, tendo em vista que há possibilidade de obtenção de garagens via desapropriação e que o concessionário pode optar por ter a garagem e o pátio localizados fora do perímetro dos lotes das concessões, ficam garantidas as condições para a participação de um número maior de licitantes.

4.3. Da não adoção da licitação internacional

94. Em que pese o edital seja silente com relação a adoção de licitação, a legislação brasileira já consagrou que somente podem participar de certames de serviços públicos empresas constituídas de acordo com a lei brasileira.

95. Portanto, embora o edital tenha silenciado em relação a essa questão, toda e qualquer empresa estrangeira poderá participar do referido certame, desde que constitua empresa de acordo com a lei brasileira.

96. Por óbvio que a expansão do número de participantes no processo licitatório é sempre desejável uma vez que ao aumentar o número de concorrentes aumenta a qualidade média esperada das empresas e torna menos provável o exercício de poder de mercado de um dos participantes.

5. Da política tarifária

5.1. Da tarifa teto

97. Ainda predomina no Brasil o modelo de remuneração e tarifação do transporte público urbano por ônibus baseado no custo[6], em que os prestadores do serviço são remunerados pelo custo total de operação, incluída uma margem de remuneração sobre o capital. A estimação dos custos totais operacionais pelo poder público se dá por meio de uma equação específica, a “planilha de custos”, que incorpora os custos médios, fixos e variáveis incorridos na produção do serviço de transporte que são repassados aos pagantes. As tarifas, por sua vez, são calculadas pelo rateio do custo total pelo número de passageiros transportados[7].

98. Nota-se que o modelo de remuneração pelo custo não estimula a eficiência operacional, pois, se os custos sobem, a tarifa sobe; se os custos caem, a tarifa cai. Assim, são premiadas aquelas empresas geridas de forma pouco eficiente por meio da necessidade de reajustes constantes no valor das tarifas. Além disso, o modelo acarreta um ciclo vicioso: se o número de passageiros transportados cai, a tarifa sobe, resultando em nova queda do número de passageiros[8]. Há, adicionalmente, maior dificuldade em se repassar aos usuários os ganhos de produtividade. Em virtude de não haver estímulo para aumento da produtividade e eficiência no setor, eventual ineficiência de prestadores de serviços é levada para o cálculo tarifário.

99. Por conta dessas deficiências, e em linha com as boas práticas regulatórias, a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012[9], definiu-se como diretriz para a regulação dos serviços de transporte público coletivo a observância dos ganhos de eficiência e de produtividade nos cálculos dos reajustes e das revisões tarifárias (art. 9, §§ 9 e 10). *In Verbis*:

“Art. 9º. O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.

(...)

§ 9º Os reajustes das tarifas de remuneração da prestação do serviço observarão a periodicidade mínima estabelecida pelo poder público delegante no edital e no contrato administrativo e incluirão a transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários.

§ 10. As revisões ordinárias das tarifas de remuneração terão periodicidade mínima estabelecida pelo poder público delegante no edital e no contrato administrativo e deverão:

I - incorporar parcela das receitas alternativas em favor da modicidade da tarifa ao usuário;

II - incorporar índice de transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários; e

III - aferir o equilíbrio econômico e financeiro da concessão e o da permissão, conforme parâmetro ou indicador definido em contrato.”

100. A diretriz propõe o uso de um modelo baseado em preço, conhecido como tarifa-teto (*price cap*)[10], em substituição ao modelo atual de remuneração baseado no custo, que não seria o mais adequado para propiciar eficiência ao sistema de transporte. O método de preço desvincula a tarifa dos custos de maneira a incentivar a eficiência e a produtividade. Inclusive, tal metodologia já é adotada no Brasil na prestação de serviços como telefonia e energia elétrica.

101. No modelo de tarifa-teto, define-se, em geral, o valor inicial da tarifa, que: (i) passa a ser reajustado periodicamente de acordo com um índice de preços preestabelecido em contrato, deduzido de um fator de produtividade, comumente conhecido como Fator X, que busca transferir aos usuários os ganhos de produtividade da atividade[11]; (ii) é revisado periodicamente. Neste modelo, o empresário é estimulado a aumentar sua produtividade, pois, até o período da revisão tarifária, qualquer aumento da receita ou diminuição de custos reverte em seu favor. Em verdade, o Fator X é um instrumento poderoso para incentivar ganhos de produtividade e de eficiência no sistema, que são revertidos parcialmente para as tarifas, reduzindo seu valor. O mecanismo de reajuste é dado pela fórmula.

$R = 1 - X$, sendo:

R = Limite máximo de reajuste da tarifa

I = Índice de preços escolhido (p. ex.: Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA);

X = Fator Produtividade[12].

102. A metodologia de remuneração está especificada no Anexo IV do Edital e a remuneração básica pela prestação do serviço é calculada a partir a seguinte equação:

103. A metodologia de remuneração está especificada no Anexo IV do Edital e a remuneração básica pela prestação do serviço é calculada a partir a seguinte equação:

$$RB = PA_1 + PA_2 + PA_3 + PA_4 \quad (1)$$

onde:

RB = Remuneração Básica e

PA1 = P1 X Q1 (valor por hora – jornada efetiva de trabalho (salários e encargos sociais))

PA2 = P2 X Q2 (valor por quilômetro rodado (custos de combustível, lubrificantes e rodagem))

PA 3 = P3 X Q3 (Q3 - Quantidade de Veículos disponibilizados (TIR DE 9,85% a.a.)

PA 4 = P4 X QRT (QRT - Reserva Técnica, limitada a 6% da frota operacional)

104. Como se pode verificar pela equação (1), a remuneração básica está baseada na estrutura de custos e é igual ao somatório entre os seguintes componentes: (i) valor da jornada efetiva de trabalho (PA1); (ii) os custos de combustível, lubrificantes e rodagem por quilômetro rodado (PA2); (iii) valor da remuneração da mão de obra de manutenção e de fiscalização, os benefícios sociais, as despesas administrativas, os investimentos e a margem de lucro do operador, (PA3), onde o preço é o fluxo de caixa de referência por tipo de veículo apresentado ao final deste anexo, para uma Taxa Interna de Retorno (TIR) de 9,85% ao ano, subtraído dos valores resultantes de P1, P2; e (iv) os custos com peças e acessórios e os demais custos de investimentos em capital e manutenção e administração relacionados a reserva técnica (PA4).

105. De acordo com a cláusula 11.1.8. do Edital, será vencedor o licitante que apresentar o menor valor de Tarifa de Remuneração Ofertada (TO), *in verbis*:

“11.1.8. Serão classificadas as propostas que atenderem às condições exigidas neste Edital, pela ordem crescente dos valores de remuneração indicados nas propostas comerciais para cada um dos Lotes, ficando em primeiro lugar a Licitante que apresentar o menor valor de Tarifa de Remuneração Ofertada (TO).”

106. Do exposto, esta secretaria entende que o reajuste baseado em tabela de custo não estimula a eficiência *vis-a-vis* ao uso de um modelo baseado em preço, conhecido como tarifafeto, no qual o valor inicial da tarifa passa a ser reajustado periodicamente de acordo com um índice de preços preestabelecido em contrato.

107. A metodologia de remuneração trazida à baila pelo edital está em desacordo com quanto postulado no art. 9º da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012), que desvincula a tarifa da prestação do serviço público dos custos. O objetivo com a metodologia proposta na referida política é a de estimular a eficiência operacional, vez que o valor das tarifas não fica sujeito ao componente custos, mas sim a elementos de produtividade.

6. Conclusão

108. Do exposto ao longo deste parecer, esta Seprac apresenta as seguintes considerações sobre os Editais e Contratos constantes nas Concorrências nºs 001, 002 e 003/2015 – SMT-GAB para a delegação, por concessão, da prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros, na Cidade de São Paulo:

- (i) As cláusulas 2.2.18. e 2.2.19., que tratam de fusão e de transferência do controle societário ou da concessão, devem receber nova redação para reduzir

insegurança jurídica, vez que as competências do Município em termos de fusão e transferência do controle societário não se confundem com as competências do Cade e da ANTT;

(ii) A cláusula 3.9., que trata da posse de garagens e pátios, combinada com a sub-cláusula 3.9.4., que trata da possibilidade do concessionário solicitar ao Município de São Paulo desapropriação de terrenos para fins de atendimento da cláusula 3.9., estão em linha com a redução de barreiras à entrada para os entrantes nos lotes de concessão;

(iii) As cláusulas 3.35.6. e 3.37.2, que tratam da reserva operacional técnica e da frota de guinchos, respectivamente, merecem ajustes na redação. Conquanto a reserva técnica e a frota de guinchos sejam imprescindíveis para a continuidade da prestação do serviço transporte coletivo urbano de passageiros, o percentual de reserva técnica e a posse da frota de guinchos é uma decisão que cabe a concessionária. De modo que o edital deve prever as penalidades para a interrupção da prestação de serviço resultante de reserva técnica e de guinchos e a administração desses ativos deve ficar a cargo da concessionária;

(iv) A cláusula 3.48., que trata da formação de SPE entre as concessionárias para gerenciar as atividades operacionais referentes a prestação de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros no Município de São Paulo, tem o condão gerar incentivos para a formação de cartel entre as concessionárias nos futuros certames nos seus lotes e nos demais lotes. A recomendação da Seprac é a de que essa cláusula seja excluída do edital e, como alternativa, que sejam realizados processos licitatórios para a administração dos terminais e que as empresas participantes não tenham participação cruzada com as concessionárias;

(v) A cláusula 10.2.1., que trata da exigência de comprovação de experiência na atividade de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, deve receber nova redação, tendo em vista que a exigência de experiência no serviço de transporte coletivo urbano limita sobremaneira a participação de outras empresas que atuam em outros segmentos, por exemplo transporte coletivo interestadual. A eliminação dessa restrição amplia o escopo de participação, o que resulta em melhores resultados do ponto de vista licitatório;

(vi) A cláusula 16.5., que trata da anuência prévia do Poder Concedente quando da transferência de contrato de concessão e de controle acionário da concessionária, deve incorporar em sua redação o atendimento as competências do Cade em matéria concorrencial.

109. Adicionalmente, a Seprac entende como positivos o fato de não terem sido considerados os seguintes elementos no Edital:

- i. Limite de participação para empresas em múltiplos lotes;
- ii. Limite para a participação de empresas que atuam em outros modais de transporte;
- iii. Limitação para a participação de grupo econômico dominante no setor de prestação de serviços de transporte (ônibus).

110. No primeiro caso porque a concorrência é pelo mercado e não no mercado, de modo que quanto maior o número de participantes no certame maior é a probabilidade de benefícios concorrências. No segundo caso porque, além de a concorrência ser pelo mercado e não no mercado, todos os modais são regulados e, portanto, não há que se falar em abuso de posição dominante resultante da participação de uma empresa em mais de um modal. Por fim, no terceiro caso porque ter posição dominante não é considerado ilícito e, todo e qualquer desvio de conduta concorrencial que porventura exista deve ser apurado pela autoridade concorrencial (Cade).

111. Em suma, a ausência dos três elementos citados são pro-competitivo para o certame, pois: permite o aumento do número de empresas no certame e permite que empresas mais eficientes operem as concessões.

112. Por fim, os processos licitatórios em comento adotam política tarifária baseada em custos, o que está em desacordo com o quanto postulado no art. 9º da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012), que desvincula a tarifa da prestação do serviço público dos custos. O objetivo com a metodologia proposta na referida política é a de estimular a eficiência operacional, vez que o valor das tarifas não fica sujeito ao componente custos, mas sim a elementos de produtividade.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente
ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA
Chefe de Divisão

Documento assinado eletronicamente
ANDREY GOLDNER BAPTISTA SILVA
Coordenador-Geral de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento

De acordo.

Documento assinado eletronicamente
ANGELO JOSÉ MONT'ALVERNE DUARTE
Subsecretário de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação

[1] Disponível em <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/transportes/edital/> e acessado em em 30 de março de 2018.

[2] O SBDC é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

[3] Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

...
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

...
§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

[4] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
 II - propriedade privada;
 III - função social da propriedade;
 IV - livre concorrência;
 V - defesa do consumidor;
 VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
 VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII - busca do pleno emprego;
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[5] VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

[6] GOMIDE, Alexandre de A. (2003). **Transporte Urbano e Inclusão Social: elementos para políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2003 (Texto para Discussão nº 960).

[7] GOMIDE, A. A. (1998). **A Regulação Econômica nos serviços públicos de transporte urbano no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1998, Porto Alegre – RS.

[8] É também uma consequência das gratuidades ou descontos quando incorporados à tarifa dos demais usuários. Uma vez que acarreta elevação das tarifas pagas pelos usuários, existe tendência à queda no número de passageiros, o que leva a novo aumento tarifário.

[9] Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em 04/09/2012.

[10] SAINTIVE, Marcelo B. & CHACUR, Regina S. (2006). **A Regulação Tarifária e o Comportamento dos Preços Administrados**. Documento de Trabalho nº 33/SEAE/MF. Disponível: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1. Acessado em 14.03.2011.

[11] BERNSTEIN, J. I.; SAPPINGTON, D. E. M. (1998). **How to Determine the X in RPI – X Regulation: a user's guide**. International Training Programa on Utility Regulation & Strategy (Background reading). Public Utility Research Center University of Florida, June, 1998.

[12] De acordo com esse modelo, se ao final de doze meses o índice de preços for de 10% e o fator X de produtividade for de 1%, o reajuste médio das tarifas seria de 9% ($R=10-1$).



Documento assinado eletronicamente por **Andrey Goldner Baptista Silva, Coordenador (a)-Geral de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento**, em 05/10/2018, às 15:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Elvino de Carvalho Mendonça, Chefe de Divisão**, em 05/10/2018, às 15:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Subsecretário(a) de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação**, em 05/10/2018, às 18:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1232671** e o código CRC **6222C848**.

Referência: Processo nº 10099.100043/2018-33

SEI nº 1232671