

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE
PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS - 05
CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 02/2021

COMUNICADO

CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL:02/2021

PROCESSO Nº 30.679/2021

OBJETO: Concessão de Uso de Bem Público à pessoa jurídica de direito privado que se responsabilizará pelas atividades de realização de investimentos, conservação, operação, manutenção e exploração econômica dos Parques Urbanos Dr. Fernando Costa – Água Branca, Cândido Portinari e Villa-Lobos. Informamos que foi recebido pedido de esclarecimentos em relação a presente licitação:

1. Documento: Minuta Contrato

Dispositivo, item ou conteúdo da minuta

23.1. Excetuadas unicamente as hipóteses em sentido contrário previstas em disposições expressas deste CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à operação e execução dos serviços e atividades previstos no objeto deste CONTRATO, incluindo os principais riscos relacionados a seguir:

Riscos Econômico-Financeiros

XXXVI. criação, extinção ou alteração de quaisquer tributos ou encargos legais, ainda que tenham repercussão, direta ou indireta, nas receitas e despesas da CONCESSIONÁRIA ou de suas subcontratadas;

XXXVII. alterações na legislação e determinações estatais de caráter geral, provenientes de qualquer esfera da federação, não específicas para a CONCESSÃO ou para a CONCESSIONARIA, ainda que caracterizadoras de fato do príncipe, que gerem impacto sobre o CONTRATO, desde que não esteja relacionada com risco já expressa e especificamente assumido pelo CONCEDENTE no âmbito deste CONTRATO;

7.2. O CONTRATO poderá ser extinto antecipadamente, observado o regramento estabelecido por este CONTRATO, nas seguintes hipóteses:

....

III. por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, quando da ocorrência de EVENTOS DE IMPACTO na CONCESSÃO, resultantes exclusivamente da materialização dos riscos referidos nos incisos XXXVI ou XXXVII da Cláusula 23.1, alocados à CONCESSIONÁRIA, que, individualmente ou somados, resultem em situação na qual mesmo eventual readequação das operações da CONCESSIONÁRIA não seja suficiente para gerar a RECEITA necessária para a viabilidade da exploração da ÁREA DA CONCESSÃO pela CONCESSIONÁRIA;

7.2.1. Na verificação da hipótese prevista na Cláusula 7.2, inciso II, caso a CONCESSIONÁRIA manifeste a intenção de extinguir antecipadamente o CONTRATO, o CONCEDENTE poderá optar, ao seu critério, por tomar para si os efeitos econômico-financeiros futuros do(s) evento(s) já ocorrido(s) que qualifique(m) o(s) risco(s) previsto(s) no(s) inciso(s) XXXVI e XXXVII da Cláusula 23.1, reequilibrando o CONTRATO e mantendo sua vigência.

• • • • •

7.2.3. Para as determinações do CONCEDENTE de caráter específico, de que trata a Cláusula 7.2.1, cujo impacto econômico-financeiro seja inferior ao estabelecido para o exercício da prerrogativa de extinção antecipada da CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA poderá pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

[illegible]

49.2.1. Para cada uma das hipóteses previstas na Cláusula 7.2, as indenizações devidas serão calculadas levando-se em consideração os seguintes elementos:

I. para os casos de extinção do CONTRATO decorrentes da materialização do evento previsto no inciso I da Cláusula 7.2, a indenização será calculada de acordo com o regramento disposto na Cláusula Quadragésima Sexta, com base no momento imediatamente anterior à ocorrência do evento de caso fortuito ou força maior, acrescida dos montantes previstos na Cláusula 47.2, inciso I, não sendo devidos os lucros cessantes previstos na Cláusula 47.2, inciso II;

II. para os casos de extinção do CONTRATO decorrente da materialização do evento previsto nos incisos II e IV da Cláusula 7.2, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de encampação;

III. para os casos de extinção do CONTRATO decorrente da materialização do evento previsto inciso V da Cláusula 7.2, quando o atraso decorrer de fator atribuível ao CONCEDENTE, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de encampação, exceto para os lucros cessantes, que serão calculados de acordo com a fórmula prevista na Cláusula 49.2.2;

IV. para os casos de extinção do CONTRATO decorrentes da materialização do evento previsto no inciso III da Cláusula 7.2, e, em seu inciso V, quando o atraso decorrer de fato atribuível à CONCESSIONÁRIA, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de caducidade, nos termos da Cláusula Quadragésima Oitava, sem a aplicação de penalidade.

Pedido de Esclarecimento: Considerando que a lei 8987/95, em seu artigo 9º versa que:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

● ● ● ● ● ● ● ●

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. (grifo nosso)

Entendemos que a alocação dos riscos previstos nos itens 23.1 XXXVI e XXXVII estão alocadas de forma equivocada. Está correto o entendimento ?

Caso o entendimento esteja incorreto, entendemos, então, que a opção prevista na cláusula 7.2, inciso III e 7.2.1 pela extinção antecipada ou reequilíbrio do contrato é de liberalidade da CONCESSIONÁRIA e não do CONCEDENTE, está correto o entendimento ?

E ainda, caso a opção da CONCESSIONÁRIA seja pela extinção antecipada do CONTRATO a indenização será calculada com base no item 49.2.1, inciso II, com base de cálculo os casos de encampação e não o 49.2.1, inciso IV, que tem como base os casos de caducidade, está correto o entendimento?

Resposta:

A alocação dos riscos previstos na Cláusula 23.1, incisos XXXVI e XXXVII, está correta, sendo ambos os riscos alocados à Concessionária. O art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995, não se aplica ao projeto em licitação, uma vez tratar-se de uma concessão de uso de bem público sem cobrança de tarifas, e com liberdade de preços praticados pela Concessionária, observadas as condições previstas no Contrato e seus anexos. Com efeito, o art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995, regula a revisão, para mais ou para menos, da tarifa e, no projeto objeto da presente licitação, além de não haver propriamente tarifa, os preços são de livre elevação ou redução pela Concessionária.

Respeitadas a vedação de cobrança de ingressos para acesso dos usuários aos Parques, nos termos do inciso III da Cláusula 10.4 do Contrato, e as normas de isenção previstas no item 2 do Anexo II, deve-se ressaltar que a liberdade de preços é uma das principais diretrizes adotadas na modelagem e premissa constante do Programa de Concessão de Parques e Ativos Ambientais do Estado de São Paulo, e consiste na possibilidade de a Concessionária definir livremente o preço dos atrativos e atividades, sem necessidade de observar um preço fixo ou teto tarifário imposto pelo Concedente. Isso significa que os valores cobrados na área da concessão não serão regulados nem controlados pelo Concedente. Tal premissa da concessão permite que a Concessionária, a partir da estratégia comercial que decidir adotar, cobre preços competitivos e compatíveis com o mercado.

Dessa forma, conferida à Concessionária a liberdade na definição dos preços, tem-se como consequência a necessidade de alterações na tradicional alocação de riscos do Contrato, a qual, ordinariamente, pressupõe o controle tarifário pelo Concedente, a exemplo de concessões de rodovias ou de mobilidade urbana.

Isso decorre do fato de que a existência de liberdade na fixação dos preços coloca a Concessionária em melhor posição para lidar com os efeitos de certos acontecimentos constantes da matriz de riscos contratual. Assim, com a liberdade de preços, o impacto do aumento de um tributo pode ser mitigado

com alteração nos valores dos atrativos e atividades, por exemplo, da mesma forma que responderiam outros atores em concorrência no mercado de lazer.

Ademais, a alocação destes riscos à Concessionária também proporciona uma mais adequada preservação do ambiente competitivo no qual estão inseridas diversas das atividades exploradas pela Concessionária, evitando que, face a uma alteração na legislação tributária, ou a uma imposição estatal de novas condições ao setor econômico em que atua a Concessionária, esta passe a ter uma proteção contratual, de reequilíbrio econômico-financeiro, que não é extensível a todos os demais agentes econômicos do mesmo setor, distorcendo o ambiente concorrencial.

Se o preço fosse controlado pelo Concedente, a alteração dos preços praticados não poderia ser feita por simples iniciativa da Concessionária e haveria necessidade de um processo de reequilíbrio para reajustar o valor, ou adoção de outra forma de reequilíbrio.

Como demonstrado, esta alocação à Concessionária dos riscos previstos na Cláusula 23.1, incisos XXXVI e XXXVII, não decorre de uma tentativa de onerar a Concessionária, mas de conferir ao empreendedor/investidor a capacidade de gerenciar seus preços de acordo com as situações de mercado.

Como contraponto a estes ajustes na alocação de riscos, foram previstas as hipóteses de extinção antecipada (*wayout*) da Cláusula 7.2 do Contrato, com o intuito de manter o sinalagma contratual.

No tocante à segunda pergunta, a opção pela extinção antecipada prevista no inciso III da Cláusula 7.2 do Contrato é de iniciativa da Concessionária e depende da comprovação dos requisitos previstos no próprio inciso III da Cláusula 7.2. Caso sejam comprovados pela Concessionária os requisitos previstos no inciso III da Cláusula 7.2 do Contrato, o Concedente poderá, por sua iniciativa apenas, obstar a extinção do contrato mediante exercício da prerrogativa prevista no Cláusula 7.2.1, tomando para si os efeitos econômico-financeiros futuros de tais eventos. Logo, onde consta “inciso IIIII” na Cláusula 7.2.1, leia-se “inciso III”.

No que diz respeito à terceira pergunta, caso a Concessionária opte pelo exercício da prerrogativa de extinção antecipada prevista no inciso III da Cláusula 7.2, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de caducidade, sem a aplicação de penalidade, exatamente como consta no inciso IV da Cláusula 49.2.1 do Contrato.
