



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Processo nº **2097677-98.2020.8.26.0000**

Relator(a): **SILVIA MEIRELLES**

Órgão Julgador: **6ª Câmara de Direito Público**

Agravo de Instrumento: 2097677-98.2020.8.26.0000*

Agravante: CONSÓRCIO SIGNALLING

Agravados: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ e BYD DO BRASIL LTDA.

Juiz: RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS

Comarca: SÃO PAULO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão traslada a fls. 6.393/6.405 que, em mandado de segurança, indeferiu a liminar pleiteada, entendendo pela ausência de *fumus boni iuris*, nos seguintes termos:

“(...)

III - DAS RAZÕES QUE IMPLICAM NA CONCLUSÃO DA AUSÊNCIA DE FUMAÇA DO BOM DIREITO

III.1

A análise dos documentos de habilitação do impetrante resultou na emissão do Relatório Justificativo GEO/EOP de 18.10.19, segundo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o qual:

- *atendeu a licitante parcialmente ao requisito 1 do item 7.4.3.6.3.1 do edital, tendo em vista que apresentou - atestados emitidos pelas EMTU (...) para o fornecido VLT Santos com citação nominal à TTrans com registro de fabricação de trens em quantidade que atestam o mínimo solicitado, porém não há qualquer indicação quanto ao atendimento da capacidade de 300 passageiros/trem requerida no edital - (fls. 568); e*
- *não atendeu ao requisito 2 do mesmo item do edital, uma vez que teria apresentado atestado técnico da própria consorciada Molinari para o projeto Ampang Line, em Kuala Limpur, Malásia (esse documento cita parceria entre a Molinari e a empresa Thales Signalling na execução do projeto), e um atestado complementar da empresa Scomi para o mesmo projeto, mas os atestados não teriam demonstrado de maneira clara e concisa o atendimento ao requisito por não demonstrar qual a participação da empresa no projeto e a evidência quanto ao atendimento ao requisito de operação comercial ininterrupta de 1 ano para o sistema CBTCUTO (fls. 568).*

Diante do exposto, o relatório em comento sugeriu, para que não restasse dúvida sobre os questionamentos, a realização de diligência para comprovação dos itens indicados como 'atendimento parcial' ou 'não atendimento' na análise (fls. 570).

Feitas as diligências (fls. 647/648, 665/666, 667/668, 683/685, 686 e 687/690), sobreveio a emissão de parecer em 28.11.19 no qual constou:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

- *ter o impetrante atendido a alguns itens, mas não ter comprovado que a empresa Molinari participou do sistema de sinalização da linha, conforme informação da Ampang Line nesse sentido (fls. 571), sendo que a Thales Group se omitiu quanto a essa informação;*
- *a Ampang Line deu resposta evasiva sobre o nível de automação do sistema CBTC, mas a Thales Group informou que a sinalização era CBTC ATO GOA2, daí que não atendia ao exigido; e*
- *além disso, a Ampang Line informou que a linha estava em operação havia dois anos, mas não declarou se em condição UTO plena e ininterrupta por 1 ano (fls. 572), ao passo que a Thales Group sequer respondeu à questão (fls. 572).*

A conclusão foi, então, de que, considerando as respostas encaminhadas pela Ampang Line e pela Thales Group, o requisito 2 do item 7.4.3.6.3.1 (Fornecimento de sistema de sinalização CBTC, com grau de automação UTO, em operação comercial mínima de 1 ano sem interrupção do serviço') do edital não foi atendido pelo impetrante (fls. 572).

Os fundamentos para dar por não atendido o requisito 2 do item 7.4.3.6.3.1 do edital parecem consistentes, pois baseiam-se em informações obtidas juntamente com uma das empresas que participou, em parceria, com uma das consorciadas do Consórcio ora impetrante do projeto realizado na Malásia e obtidas perante a empresa para a qual foi executado tal projeto.

E era ônus do impetrante, enquanto licitante, fazer prova do cumprimento dos requisitos do edital, tendo o Metrô, ainda e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diversamente do sustentado no mandado de segurança, ao que tudo indica, realizado diligências o quanto bastavam para apurar os fatos ao invés de simplesmente declarar a ausência do atendimento do item referido.

Deveras, diligência in loco na Malásia era dispensável, porquanto os próprios informes prestados ante as diligências realizadas pelo Metrô já indicaram que o sistema de sinalização fornecido e empregado na obra daquele país asiático (Malásia), objeto do atestado exibido pelo Consórcio impetrante, não foi o CBTC UTO, mas o CBTC ATO GOA2, o que por si implica desatendimento ao edital, aspecto que é corroborado, inclusive, pela circunstância de que se apurou ter informado a própria "Thales Group ... que o sistema de sinalização fornecido para a Ampang Line é CBTC ATO GOA2 ... Em relação ao UTO a resposta para o item b (acima) já esclareceu que não atende" (fls. 572).

E não parece toldar ou ilidir esta conclusão a que se pode chegar conforme a cognição sumaria aqui passível de ser exercitada alegações outras do Consórcio impetrante.

A primeira - de que visita técnica em Dubai (Emirados Árabes Unidos - EAU), era necessária tanto quanto a que se fez na China - soa irrelevante, porquanto, ao que tudo indica, somente faria sentido tal visita in loco se a obra ali implementada, para a qual se teria fornecido sistema similar ao exigido pelo edital no ponto em exame (subitem 2 do item 7.4.3.6.3.1 do edital), fosse objeto de atestado incluído na documentação exibida pelo Consórcio impetrante à guisa de demonstração da capacitação técnica.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Do contrário, o que estaria o Consórcio impetrante a querer do Metrô não é diligência para sanar dúvida ou suprir dado relevante de atestação exibida no processo licitatório, mas a própria substituição dela por outra, não exibida a tempo e modo devidos, para fim de provar a capacitação técnica.

E mais, não soa igualmente, ao que parece, relevante qualquer diligência de visitação ao parque fabril de alguma empresa integrante do Consórcio impetrante, já que tampouco haveria aí qualquer correlação entre ela e o que objeto foi de atestação efetivamente exibida, sendo esta e não aquela a forma de demonstração da capacitação em comento.

Assim é que, aliás, se alegar na ação mandamental que a consorciada Trans Sistemas de Transportes Ltda. TTRANS possui 'vasto conhecimento e experiência no setor metroferroviário' (fls. 26) não é suficiente para comprovação de capacidade técnica, a qual teria de ser demonstrada por meio de atestados técnicos e, no caso do impetrante, embora a tenha comprovado para alguns itens, não o comprovou para outro ora aqui cuidado.

E, enfim, não parece igualmente pertinente e até relevante o que alegado foi quanto à empresa Siemens, pena de reputar-se, por esdrúxula via oblíqua, (i) sua integração ao Consórcio ora impetrante, (ii) uma vez mais a atestação (de forma diferenciada, diga-se, porque não se cuidaria de sistema efetivamente fornecido e em operação comercial há no mínimo 1 ano) indireta - anômala e intempestiva - de capacitação técnica em substituição àquela efetivamente apresentada no tempo e modo devidos ou (iii) a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

própria delegação de parte do objeto contratual.

E não há aqui de ser considerada alegação de desentendimentos comerciais por pendências financeiras (fls. 18), porquanto esta temática é estranha ao Metrô e às demais licitantes e não tem aqui de ser sopesada minimamente.

III.2

Os documentos de habilitação do Consórcio BYD Skyrail foram analisados pelo Metrô e houve a conclusão da necessidade de diligência presencial para verificar as características técnicas do sistema de sinalização em operação comercial na China, em Pingshan, indicado no atestado apresentado para atendimento ao subitem 2 do item 7.4.3.6.3.1 do edital (fls. 559).

A diligência foi levada a cabo em 26 e 27.12.19 e resultou na emissão, em 9.1.20, de 'Relatório Justificado' de 'Análise dos Requisitos de Habilitação Técnica' pelo Metrô cuja conclusão foi de que o Consórcio atendeu aos requisitos técnicos.

Com efeito, segundo o relatório, o requisito 1 do item 7.4.3.6.3.1 do edital ('fornecimento de, no mínimo, 7 trens com tração elétrica para monotrilho, metrô ou ferrovia com capacidade mínima projetada de transporte de 300 passageiros por trem') foi atendido pelo Consórcio BYD porque houve a apresentação de atestado emitido pela empresa Yinchuan Claud Rail Operation Co. Ltd. para a consorciada BYD Auto Industry Company Co Ltd. com registro de fornecimento e construção de trens do tipo Monotrilho em quantidade e capacidade que atestam o mínimo previsto no edital (fls. 560).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O requisito 2 do mesmo item do edital ('fornecimento de sistema de sinalização CBTC com grau de automação UTO (Unattended Train Operation), em operação comercial mínima de 1 ano sem interrupção do serviço') também foi considerado atendido, uma vez que o Consórcio exibiu atestado emitido pela BYD Co. Ltd. para o projeto de sinalização do monotrilho da sede da BYD Pigshan, declarando ser um sistema UTO em operação ininterrupta por um período de 1 ano (fls. 560).

O relatório narra também o acompanhamento da operação comercial do sistema “Sky Shuttle” em Pingshan com foco no sistema de sinalização e controle, verificando-se:- ser ele operado no modo automático, sem condutor e atendente de bordo, com paradas em todas as estações com alinhamento preciso e abertura e fechamento automático das portas do trem e plataforma; - a presença de antenas do sistema de rádio para a comunicação trem-terra sem fio, balizas para correção da localização dos trens, contadores de eixo para a detecção secundária e zona de intertravamento para manobra dos trens; - nas estações, foi constatada a presença de Portas de Plataforma PSD, sistema de comunicação de voz e vídeo entre as plataformas e o CCO e sistema de reconhecimento facial nos bloqueios de acesso; - nos trens, por sua vez, verificou-se a ausência de cabines de condução, presença de câmeras de vigilância e sistema de comunicação de voz e vídeo entre o trem e o CCO, tendo sido feita, inclusive, uma chamada entre o trem e o CCP para teste; - no CCO, verificaram-se as funções de monitoramento remoto dos sistemas do Material



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rodante e acesso às câmeras dos trens e estações; e - o sistema de sinalização era CBTC com grau de automação UTO operacional havia mais de 1 ano (fls. 561).

E esta capacidade técnica do Consórcio vencedor atestada não parece estar comprometida ante o contido no relatório elaborado após a visita técnica realizada na China.

O fato de ter o sistema completado 1 ano de funcionamento na véspera da entrega das propostas pelos licitantes não parece sinalizar para qualquer irregularidade, afinal, na data da entrega das propostas, atendia o Consórcio BYD Skyrail ao requisito temporal exigido.

E não se afiguram cabíveis ilações de que o sistema não estava adequadamente testado porque se trata de mera especulação, haja vista que o edital exigia apenas 1 ano de funcionamento, presumindo como suficiente tal período de operação.

Também não aponta o impetrante qual falha teria o sistema por não ter sido, supostamente, testado por tempo suficiente e, ainda que apontasse falha dessa natureza, em sede de mandado de segurança sequer poderia ser discutida a questão por se tratar de via estreita a não permitir dilação probatória.

E, ademais, não comprovou o impetrante por quais entidades chinesas teria o sistema de estar validado e não explicou como poderia estar ele em operação havia pouco mais de 1 ano sem o aval das autoridades do país asiático, assim como não fez prova da ausência de regularidade da empresa perante o país onde está instalada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De mais a mais, cuida-se neste ponto de exigência (validação de uso por órgão público) que nem mesmo está expressa no edital.

E sobre as dúvidas levantadas na petição inicial sobre a real ocorrência da viagem dos funcionários do Metrô à China para as diligências mencionadas, em sede administrativa, quando da emissão de parecer para o julgamento do recurso interposto pelo impetrante, foram exibidos documentos para comprovar que realmente ocorreu (processo de aprovação da viagem e tickets utilizados pelos funcionários para o deslocamento até o local da diligência), conforme mencionado na decisão (fls. 274).

As cópias destes documentos, contudo, não foram exibidas pelo Consórcio ora impetrante.

E cabe consignar, em arremate, que, a princípio e mutatis mutandis, a alegação "de inviabilidade do atestado de capacidade técnica por ter sido emitido por empresa do mesmo grupo econômico não prospera. Em primeiro lugar, porque não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade. Assim, não se misturam transações de uma empresa com as de outra. Mesmo que ambas sejam do mesmo grupo econômico, respeita-se a individualidade de cada uma" (TCU, Processo TC-007.497/2012-1, Acórdão n. 2241/2012, Plenário, Rel. Min. José Mucio Monteiro, v.u., j. 22.8.12; no mesmo sentido, TCU, Processo TC-003.421/2010-4,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Acórdão n. 451/2010, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, v.u., j. 17.3.10).

III.3

Bem assim, o edital da licitação teria exigido capacitação técnica muito específica (sistema CBTC UTO), segundo o impetrante.

Entretanto, considerando a complexidade técnica do serviço a ser prestado, a exigência de capacitação específica sinaliza-se, ao que tudo indica, como necessária.

Além disso, não explica o impetrante quais as características do sistema CBTC UTO o tornariam demasiado específico para execução e a razão pela qual a comprovação de experiência com sistema outro seria suficiente do ponto de vista técnico.

Deveras, nada se expôs na petição inicial a infirmar a assertiva feita ainda na esfera administrativa de que “a capacitação técnica exigida foi previamente justificada no processo, como se observa no Parecer JUC/CLN n.º 711/2019, que traz a transcrição de tal justificativa, constante no relatório anexo à RC” (fls. 272).

E ainda que explicasse e expusesse, haveria elevado risco de esbarrar-se em questão técnica impossível de ser dirimida sem dilação probatória, além do que se teria então, supondo viável a solução dela com ou sem dilação probatória, de se perquirir se caberia ao Poder Judiciário invadir tal seara sem incorrer em ofensa à discricionariedade administrativa.

III.4

*No tocante à alegação de ofensa ao princípio da isonomia por ter sido realizada diligência *in loco* no caso da licitante vencedora,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não parece ter ela ocorrido, já que as diligências foram determinadas tanto para o Consórcio impetrante como para o Consórcio vencedor, porém lá e cá seu teor se determinou pelo arcabouço específico do acervo documental exibido por cada um deles e consoante os aspectos a serem dirimidos relativamente a cada qual, conforme, aliás, já foi apontado anteriormente.

Evidente, então, que as diligências não têm de ser as mesmas e quanto menos se há fazê-las sob o mesmo rigor para aspectos diferenciados de dúvidas e esclarecimentos a serem sanadas e prestados respectivamente.

E quanto menos se há fazê-las se o que exibido foi já era suficiente para concluir-se sobre a habilitação ou não de algum licitante.

Não se vislumbra, ainda, ter havido postura de detimento de empresa nacional para privilegiar empresa estrangeira porque não se pode dar por vitoriosa empresa brasileira apenas em virtude de sua nacionalidade, sendo imprescindível o atendimento aos requisitos legais e editalícios.

III.5

Acerca do patrimônio líquido (item 7.4.3.5 do edital), o Relatório Técnico de fls. 764/765 apontou que, considerando o valor da proposta comercial do impetrante (R\$ 982.177.917,18), apresentaram suas consorciadas patrimônio líquido inferior ao exigido (R\$127.683.129,23), de R\$ 36.358.000,00 para a Trans Sistemas de Transportes Ltda., R\$ 13.571.000,00 para a Bom Sinal Indústria e Comércio Ltda. em recuperação judicial, e de R\$ 2.909.000,00 para a Molinari, totalizando R\$ 52.838.000,00 para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o Consórcio impetrante (fls. 764/765).

De outro lado, o Consórcio vencedor apresentou proposta de R\$ 988.985.340,69 e tinha de comprovar, portanto, patrimônio líquido de R\$ 128.568.094,20. E, por ter apresentado patrimônio líquido superior ao exigido, considerou o Metrô ter a licitante atendido ao edital (fls. 762/763).

Em que pese o indicado na petição inicial (fls. 28/29) sobre o valor do patrimônio líquido de cada consorciada do impetrante, não explicou ele a razão pela qual seu cálculo deveria prevalecer e não o feito pelo Metrô, que seria então equivocado.

Porém, restou esclarecido no Metrô claramente o porquê do cálculo do Consórcio ora impetrante não poder prevalecer, visto simplesmente afrontar o regramento editalício pertinente, como também que este aspecto – forma correta de indicação do valor do patrimônio – não era desconhecido dele, in verbis: "... o valor de patrimônio líquido exigido na somatória é de R\$ 127.538.017,84 tendo o CONSÓRCIO SIGNALLING, primeiro colocado e com menor valor ofertado, apresentado R\$ 130.405.285,28. No entanto, o cálculo apresentado pelo CONSÓRCIO SIGNALLING não está de acordo com o edital de licitação. O cálculo do patrimônio líquido do consórcio considerou o somatório simples dos patrimônios líquidos das empresas consorciadas. O edital, no subitem 7.4.3.5.2, deixa claro que, para casos de empresas em consórcio, o valor do patrimônio líquido do consórcio será constituído pelo o somatório dos patrimônios líquidos de cada membro consorciado, proporcional ao percentual correspondente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

à participação no consórcio (grifo nosso). A conclusão do consórcio, portanto, é equivocada, na medida em que as disposições do edital de licitação não indicaram que a comprovação do patrimônio líquido das proponentes em consórcio fosse efetuada meramente pelo somatório dos patrimônios líquidos de cada empresa consorciada. A Companhia do Metrô, ao calcular o valor do patrimônio líquido do CONSÓRCIO SIGNALLING considerou os seguintes pontos: 'valor da proposta comercial do CONSÓRCIO SIGNALLING, apresentado na sessão pública, de R\$ 982.177.917,18. Assim, o consórcio deveria comprovar um patrimônio líquido mínimo de R\$ 127.683.129,23; os requisitos de qualificação econômico-financeiras previstos no edital; - a composição do CONSÓRCIO SIGNALLING;- os valores de patrimônio líquido de cada consorciada, obtidos nos respectivos demonstrativos financeiros; e- a participação percentual das consorciadas no consórcio....Dessa forma, de acordo com os cálculos efetuados pela Companhia do Metrô, em conformidade com as disposições do edital de licitação, o patrimônio líquido do CONSÓRCIO SIGNALLING é de R\$ 52.838 mil e, portanto, insuficiente para atender aos requisitos de qualificação econômico-financeira. O CONSÓRCIO SIGNALLING não pode alegar desconhecimento dos critérios de qualificação econômico-financeira previstos no edital de licitação ou à metodologia de cálculo adotada pela Companhia do Metrô, pois a consorciada TRANS SISTEMAS DE TRANSPORTE LTDA integrante do consórcio recorrente, já participou de outras licitações da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Companhia do Metrô, nas quais o critério de cálculo do patrimônio líquido é idêntico ao da licitação nº 10014660. A empresa TRANS SISTEMAS DE TRANSPORTE LTDA participou da concorrência nº 40063213 ocorrida em 27 de maio de 2013, e da concorrência nº 41991213, de 14 de março de 2012" (fls. 275/276).

A decisão do Metrô sobre o atendimento do Consórcio vencedor à exigência do Patrimônio Líquido, por sua vez, deu-se após terem sido prestados esclarecimentos por esse último por conta de demonstrativos contábeis de uma consorciada quanto à efetivação do aumento do capital social.

À primeira vista, não parece ter havido ilegalidade na abertura de possibilidade de a licitante apresentar esclarecimentos sobre a questão, os quais, de per si, não evidenciam favorecimento indevido ao consórcio.

Esclarecimentos, de resto, se fazem sobre dúvidas e não quando já há elementos suficientes para decidir conclusivamente. Assim e sob esta ótica inclusive, o impetrante não demonstrou ter sido preterido por ter a ele sido negado o direito de realizar diligências para comprovar o patrimônio líquido exigido.

De fato, não fez prova o impetrante de haver solicitado administrativamente a exibição de documentos complementares para a análise do patrimônio líquido.

Note-se, como quer que seja, que não há diligência possível neste ponto, porque o atendimento do requisito editalício aqui cuidado somente se poderia demonstrar documentalmente e o quanto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exibido pela impetrante já de plano apontou para o não atendimento de let out court.

Por fim, quanto à exigência da comprovação de patrimônio líquido, nada tem, ao menos com base em análise de cognição sumária, de ilegal ou abusiva, primando a Administração por cercar-se das cautelas necessárias para ver garantida a exequibilidade contratual.

III.6

Alegou o impetrante, ainda, ausência de publicidade de atos praticados pelo Metrô durante a licitação (suposta ausência de comunicação de inabilitação do impetrante e suposta ausência de comunicação dos demais licitantes sobre a inabilitação do impetrante e a convocação do segundo colocado), pois não teria havido publicação no Diário Oficial do Estado e nem no site da companhia.

A publicidade dos atos administrativos é necessária.

Todavia, não necessariamente a ausência das publicações referidas pelo impetrante podem conduzir à invalidação da licitação, pois é preciso ter em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

In casu, o impetrante tomou enfim ciência de todas as decisões tomadas pelo Metrô e diligências realizadas por ele e pôde, inclusive, à vista daquelas e destas, interpor recurso administrativo a partir dela, o qual foi julgado e não provido, vindo também desta decisão a tomar ciência, pelo que é certo que não existiu prejuízo algum a ele e, como sabido é, pas de nulité sans grief.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ou seja, não há dúvida razoável de que o impetrante ficou não em ignorância, mas sim ciente dos atos praticados na licitação de que participava, inclusive por ter interposto recurso na esfera administrativa (parecer sobre o recurso a fls. 264/280), observando-se que o recurso é único no caso das licitações regidas pela Lei Federal n. 13.303/16 (art. 59), aspecto este, ao que parece, de significativo relevo, porquanto, como observado a fls. 270, 'a fase recursal única possibilita mais celeridade ao processo, ao mesmo tempo que permite que os licitantes recorram de quaisquer decisões ocorridas no processo.

Verifica-se no presente caso que os licitantes assim fizeram, ou seja, recorreram não só contra a habilitação do licitante vencedor, mas questionam, em suas peças recursais, atos praticados durante todo o procedimento.

Assim, não seria necessário que a cada ato houvesse publicação específica, visto que a fase recursal nos moldes da Lei 13.303/16 é única e reservada para o momento posterior à habilitação.

Os atos intermediários apenas não foram publicados, eis que é este o procedimento previsto na Lei 13.303/2016 e no edital'.

III.7

Outro ponto levantado pelo impetrante refere-se à suposta inversão das fases de habilitação da licitação.

Consta da petição inicial que o edital do certame, em seu item 12.1, prevê que a documentação de habilitação do proponente mais bem classificado, ou seja, com o menor preço, será analisada.

Por essa razão, o início do procedimento de análise da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

documentação apresentada pela segunda colocada, com maior valor ofertado antes da prolação da decisão sobre a habilitação da primeira colocada, com menor valor ofertado, se deu intempestivamente.

Ocorre que descabe falar em inversão de fases, já que (i) houve exame das propostas, (ii) sua classificação, (iii) a inabilitação do Consórcio impetrante e (iv) só depois a análise da habilitação do Consórcio vencedor.

E nada obstava, ao que parece, fosse pelo Metrô, já por ter como concluir pela inabilitação do Consórcio com a melhor proposta, diligenciado o quanto fosse mister para examinar também os documentos de habilitação do consórcio com a proposta classificada em segundo lugar a fim de dar decisão única tal qual fez em postura que representou economia de tempo significativo, essencial em licitações e contratos como os aqui cuidados, dado o alcance social da obra pretendida, a circunstância da variação de valor da moeda (tanto a nacional como a estrangeira pelo câmbio pertinente com a nacional) e porque, de qualquer forma, a fase recursal é única e, por conseguinte, a decisão também poderia ter sido tomada de forma única, já concluídas todas as análises e diligências prévias necessárias a tal desiderato.

Todo o exposto é suficiente para constatar pela ausência da fumaça do bom direito, impondo-se, então, seja a liminar indeferida, até porque sua concessão importaria olvidar o edital em pontos específicos sobre a questão da capacitação técnica (subitem 2 do item 7.4.3.6.3.1) e do patrimônio líquido (item



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7.4.3.5.2), mas é sabido que "o edital tem efeito vinculante às partes. Constitui-se no documento fundamental da licitação. É a sua 'lei interna'.

Abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar" (TJSP; Apelação Com Revisão 0043675-87.1998.8.26.0000; Relator (a): Toledo Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Accidentes - 9.VARA; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 08/11/1999).

Indefiro, pois, a liminar."

Alega o agravante, em síntese, que foi o primeiro colocado na disputa na Licitação da Linha 17 do Metrô n.º 10014660, com a proposta de menor preço. Em 14/10/2019, apresentou a documentação de habilitação exigida no edital e, em 18/10/2019, foi concluída a análise desta documentação, com a conclusão de que seria necessária a realização de diligências para a averiguação dos itens tidos como não atendidos ou atendidos parcialmente. Ocorre que tal diligência não ocorreu de forma isonômica. Em novo relatório, apresentado em 11/2019, o agravado entendeu que o agravante não teria atendido a todos os requisitos para habilitação no processo licitatório em questão sem observar qualquer tipo de diligência in loco, o que foi feito em relação ao segundo colocado, ora agravado, (Consórcio BYD). Aduz, ainda, que houve a tomada de decisões diversas, de grandes proporções, sem levar ao conhecimento no site do METRÔ ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mesmo no DOE, o que violou os princípios da publicidade e da isonomia. Alega que o agravado afirmou que, em relação ao pedido de diligências em Dubai, não existe nexo com a documentação apresentada e, por este motivo, não ocorreu a visita técnica, mas na China está visita ocorreu. Diz que o agravado ignorou a sua documentação referente a Siemens, omitindo-se sobre possível falha técnica do sistema (update). Além disso, sustenta que muitas das respostas do agravado não são conclusivas, mas evasivas. Alega que a diligência feita na China não foi adequada e, em realidade, o agravado realmente observou todos os requisitos necessários para contemplar a segunda colocada, com o único intuito de efetivar a parceria com os chineses. Discorre que o agravado não agiu conforme o disposto no item 12.1 do edital e no art. 51, § 1º, da Lei Federal n.º 13.303/16, sendo que tal item prevê que será analisada a documentação de habilitação da proponente mais bem classificada, ou seja, de acordo com o item 1.9 do edital, que apresente o menor preço.

Diante de tal previsão, a abertura de análise da documentação apresentada pela segunda colocada, com maior valor ofertado, antes de proferida a decisão de inabilitação da primeira colocada, com menor valor ofertado, ocorreu de forma intempestiva, ou seja, antes de cumpridas as devidas fases licitatórias. Além do mais, destaca que antes mesmo de qualquer decisão proferida pelo agravado, ocorreu a diligência e solicitação de ajuda para que fosse viabilizado o atendimento do requisito patrimonial pelo Consórcio Byd Skyrail, antes mesmo do julgamento da habilitação ou inabilitação da proponente mais bem classificada. Argumenta que faltou o esgotamento de todos os meios para verificação da capacitação técnica da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agravante, como também, o tratamento diferenciando entre os licitantes, ignorando até mesmo a ausência de prova de experiência (1 ano) e se utilizou da legislação mais benéfica (8.666/93) para a segunda licitante, legislação esta, distinta das diretrizes do edital (13.303/16). Aduz que demonstrou veemente a sua capacidade técnica, com larga experiência de mercado, até mesmo junto ao agravado, fato este, totalmente distinto da segunda colocada (BYD), sem qualquer tipo de experiência no mercado nacional até mesmo internacional. Em relação ao Patrimônio Líquido, alega que pelas diretrizes do edital (Lei 13.303/16), atendeu a tal requisito, enquanto, a segunda colocada (BYD) não. Todavia, o agravado utilizou a legislação mais benéfica (8.666/93) para a segunda licitante (BYD), para inabilitar a agravante. E, ainda que o seu patrimônio não atendesse ao critério, não se lhe deu o direito de defesa, muito menos, que fossem esgotados todos os meios para sua inabilitação, atitude que foi tomada em relação ao segundo colocado (BYD). Discorre sobre a isonomia, o tratamento diferenciado, a pandemia (covid-19) e a necessidade de fortalecimento da indústria nacional. Afirma que o procedimento licitatório não passou de um jogo de cartas marcadas. Alega que possui atestados e documentos que comprovam, inclusive, os fornecedores dos produtos e testes realizados especificamente para o projeto da linha 17, bem como possui os sistemas SIEMENS, um dos mais conceituados a nível internacional no quesito trens urbanos, o qual, será implementado na linha 17 do Metrô. A MOLINARI, empresa integrante do consórcio, ora agravante, possui um projeto convalidado junto com a SIEMENS, de sistema de sinalização CBTC-GoA4 (UTO), incluindo sistema com detecção secundária 'fallback functionality'. O sistema atualmente mais moderno e inclusive já consolidado na LINHA 4 - amarela do agravado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, pugna pela concessão do efeito suspensivo, para o fim de obstar os efeitos do contrato assinado, em 27/04/2020, e, no mérito, a confirmação da liminar.

Superado o juízo de admissibilidade, observo que se encontram presentes os requisitos legais para a concessão do efeito suspensivo almejado.

Numa análise preliminar e perfunctória da questão, verificando-se os documentos juntados, aparentemente, houve violação ao princípio da publicidade, uma vez que diversos atos foram notificados exclusivamente por “emails”, sem a notificação da agravante, além de haver uma publicação “em massa” de atos incompatíveis entre si.

Além disso, em análise perfunctória, mostra-se possível a violação à isonomia entre os concorrentes, considerando-se que foi dado à vencedora um prazo para sanear as inconsistências encontradas em sua capacitação técnica, sem que houvesse o mesmo tratamento ao consórcio agravante.

Outrossim, mostra-se plenamente discutível a alegação de falta de economicidade ao erário quanto à escolha da segunda melhor proposta, em detrimento da proposta menor.

Dessa forma, presente o bom direito alegado.



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Igualmente, presente o perigo na demora, considerando tratar-se de contrato de valor vultoso, que pode vir a gerar grave prejuízo ao erário, e consequências danosas à própria população paulistana.

Finalmente, a análise pormenorizada da questão será efetuada por esta Eg. Turma Julgadora após a abertura do contraditório, com a apresentação das contraminutas.

Ante o exposto, **defiro** o efeito suspensivo pleiteado.

À contraminuta.

Em virtude do interesse coletivo envolvido, dê-se vista à D. Procuradoria de Justiça para manifestação.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 3 de junho de 2020.

**SILVIA MEIRELLES
Relatora**