

Procedimento Arbitral ICC 22796/ASM/JPA/GSS

Requerente:

1. CONSÓRCIO ENERG

composto e representado por

EMPRESA TEJOFRAN DE SANEAMENTO E SERVIÇOS LTDA.

SPAVIAS ENGENHARIA LTDA.

Requeridos:

1. ESTADO DE SÃO PAULO

2. COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS

ORDEM PROCESSUAL Nº 02
PONTOS CONTROVERTIDOS

29 de abril de 2019

Tribunal Arbitral

Valeria Galíndez, *Presidente*

Aquiles Augusto Diniz Martins da Costa

André Castro Carvalho

A presente Ordem Processual nº 2 (“**OP02**”) é proferida em atenção ao Anexo I da Ordem Processual nº 1 (“**OP01**”), e estabelece os pontos controvertidos do procedimento arbitral 22796/ASM/JPA/GSS (“**Procedimento Arbitral**”), regido de acordo com regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional em vigor desde 1º de janeiro de 2012 (“**Regulamento**”).

I. BREVE HISTÓRICO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL ATÉ A PRESENTE ORDEM DE PROCEDIMENTO

- [1] Em 9 de maio de 2017, Consórcio ENERG, composto e representado pelas sociedades Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda. e Spavias Engenharia Ltda. (“**ENERG**” ou “**Requerente**”), apresentou Requerimento de Arbitragem (“**C1**”) em face do Estado de São Paulo (“**Estado**” ou “**Requerido₁**”), representado pela Secretaria dos Transportes Metropolitanos (“**STM**”), e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (“**CPTM**” ou “**Requerida₂**”) (em conjunto “**Requeridos**”), com fundamento no Contrato STM nº 012/2009 (“**Contrato**”)¹, firmado entre ENERG e o Estado, representado pela STM e CPTM, em 3 de novembro de 2009, para “fornecimento e instalação de via permanente e sistema de suprimento de energia catenária para tração, entre o Km 02+110 e Km 41+240 e Pátio de Estacionamento de Trens Manoel Feio entre o Km 32+100 e Km 32+800 para Linha F da CPTM (12-Safira) – Lote 3”.
- [2] Em 3 de agosto de 2017, o Estado apresentou sua Resposta a C1 (“**E1**”).
- [3] Em 22 de agosto de 2017, CPTM apresentou sua Resposta a C1 (“**R1**”), alegando ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente arbitragem pois seria mera interveniente-anuente no Contrato, não possuindo qualquer obrigação reparatória junto ao Requerente.
- [4] Em 5 de abril de 2018, foi confirmada a constituição do Tribunal Arbitral, formado por: Aquiles Augusto Diniz Martins da Costa, Coárbitro nomeado por ENERG; André Castro Carvalho, nomeado pelos Requeridos; e

¹ Doc. C-3 e Doc. R-11.

Valeria Galíndez, na qualidade de árbitra Presidente nomeada, conjuntamente e com a anuência das Partes, pelos Coárbitros.

- [5] Em 9 de abril de 2018, o Tribunal Arbitral recebeu os autos da Secretaria.
- [6] Em 18 de abril de 2018, o Tribunal encaminhou às Partes comunicação A1 e minuta da Ata de Missão com vistas a definir o escopo da presente arbitragem e as principais regras procedimentais (“**A1**”). Nessa mesma oportunidade, o Tribunal convidou as Partes para a realização de uma conferência telefônica.
- [7] Em 20 de abril de 2018 e 2 de maio de 2018, o Estado enviou seus comentários à minuta da Ata de Missão e à comunicação A1, seguido por CPTM em 27 de abril de 2018, e por ENERG, em 2 de maio de 2018.
- [8] Em 16 de maio de 2018, foi realizada a conferência telefônica (“**Conferência 1**”), que contou com a presença de representantes de todas as Partes, dos membros do Tribunal Arbitral, da Secretária Administrativa, nomeada com a concordância das Partes, e de representante da Secretaria da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“**Secretaria**”).
- [9] Em 16 de maio de 2018, foi celebrada a Ata de Missão prevista no art. 23 do Regulamento.
- [10] Em 24 de maio de 2018, o Tribunal Arbitral emitiu a OP01, na qual foram estabelecidas regras procedimentais e se acordou o Calendário de Prazos do Procedimento Arbitral (“**Calendário 1**”).
- [11] Nos termos do Calendário 1:
- (i) em 10 de agosto de 2018, ENERG apresentou suas Alegações Iniciais (“**Alegações Iniciais**”), acompanhada dos anexos Doc. C03 a Doc. C61;
 - (ii) em 26 de outubro de 2018, os Requeridos apresentaram suas respectivas Respostas às Alegações Iniciais (“**Resposta do Estado**” ou “**Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais**” e “**Resposta de CPTM**” ou “**Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais**”), acompanhadas dos

anexos Doc. E-01 a Doc. E-27 e Doc. R-01 a Doc. R-33, respectivamente;

- (iii) em 7 de janeiro de 2019, ENERG apresentou Réplica à Resposta dos Requeridos (“**Réplica**”), acompanhada dos anexos Doc. C62 a Doc. C69;
- (iv) Em 19 de março de 2019, os Requeridos apresentaram suas respectivas Tréplicas (“**Tréplica do Estado**” ou “**Tréplica do Requerido₁**” e “**Tréplica de CPTM**” ou “**Tréplica da Requerida₂**”), essa última acompanhada dos anexos Doc. R-34 a Doc. R-39.

[12] Conforme acordado na OP01, ¶36, após as referidas manifestações escritas e consulta às Partes, o Tribunal deve proferir ordem processual identificando os pontos controversos da presente demanda a fim de outorgar maior celeridade e eficiência à prova técnica de engenharia a ser produzida para a resolução do caso.

II. CONTEXTO FÁTICO DA DISPUTA

[13] O resumo fático que segue foi extraído das manifestações e documentos apresentados pelas Partes e contém unicamente os principais eventos relativos ao presente caso e que não são controversos.

[14] Em 9 de abril de 2008, foi instaurado por CPTM o processo de Concorrência Internacional nº 811.980.2011² (“**Licitação**”), objetivando a reforma e modernização das linhas “A” (7-Rubi) e “F” (12-Safira) da CPTM, Lotes nº 1, nº 2 e nº 3.

[15] ENERG foi consagrado o vencedor do Lote nº 3.

[16] Em 3 de novembro de 2009, o Contrato foi firmado entre ENERG e o Estado, representado nessa ocasião pela STM e CPTM, contendo o seguinte objeto: “*o fornecimento e instalação de via permanente e sistema de suprimento de energia catenária para tração, entre o Km 02+110 e Km*”

² Doc. R-5.

41+240 e Pátio de Estacionamento de Trens Manoel Feio entre o Km 32+100 e Km 32+800 para Linha F da CPTM (12-Safira) – Lote 3”.

- [17] O Contrato foi celebrado pelo valor total de R\$189.810.872,56, e deveria, originalmente, ser concluído num prazo de 18 meses, contado de 4 de janeiro de 2010³, data da autorização do início de sua execução⁴.
- [18] No decorrer de sua execução, o Contrato sofreu diversas alterações, contempladas pelos seguintes aditivos contratuais (em conjunto “**Aditivos**”)⁵:
- (i) Termo Aditivo nº 1, celebrado em 30 de junho de 2011, por meio do qual as tabelas 2 e 4 do Contrato foram readequadas (“**Primeiro Aditivo**”);
 - (ii) Termo Aditivo nº 2, datado de 1º de julho de 2011, que prorrogou o prazo de conclusão das instalações por mais 18 meses e alterou o cronograma de execução dos serviços (“**Segundo Aditivo**”);
 - (iii) Termo Aditivo nº 3, de 28 de dezembro 2011, por meio do qual se readequaram as Tabelas de Preço 2, 3 e 4 do Contrato, e revisou o Apêndice 04, com acréscimo de R\$28.471.630,88 ao valor contratual (“**Terceiro Aditivo**”);
 - (iv) Termo Aditivo nº 4, celebrado em 3 de janeiro de 2013, prorrogando o prazo de conclusão de todas as instalações por outros 18 meses e alterando o cronograma de execução dos serviços (“**Quarto Aditivo**”);
 - (v) Termo Aditivo nº 5, de 16 de junho de 2014, no qual se formalizou a alteração da composição de ENERG, com substituição da SPA Engenharia Indústria e Comércio Ltda. pela SPAVIAS Engenharia Ltda (“**Quinto Aditivo**”);

³ Doc. R-12

⁴ Alegações Iniciais, ¶6; Resposta do Requerido₂ às Alegações Iniciais, ¶¶ 18 e 19; Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais, ¶5.

⁵ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais, ¶6.

- (vi) Termo Aditivo nº 6, datado de 3 de julho de 2014, prorrogando o prazo contratual por mais 9 meses e readequando as Tabelas de Preço 2, 3 e 4 do Contrato, com consequente atualização da Tabela 5 (“**Sexto Aditivo**”); e
 - (vii) Termo Aditivo nº 7, de 2 de abril de 2015, por meio do qual as Tabelas de Preço 2, 4 e 5 do Contrato foram readequadas, com a consequente alteração da Tabela 5 e nova prorrogação do prazo para conclusão das instalações (“**Sétimo Aditivo**”).
- [19] A conclusão dos trabalhos previstos no Contrato se encerrou em janeiro de 2016⁶.
- [20] De acordo com ENERG, as adversidades que ensejaram os Aditivos teriam causado desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato ainda não ressarcido⁷. Diversas correspondências foram encaminhadas por ENERG a CPTM argumentando a necessidade de ressarcimento pelos custos adicionais supostamente incorridos na execução do Contrato⁸.
- [21] Em 9 de maio de 2017, tendo em vista a pendência de restituição dos custos adicionais reclamados por ENERG, este apresentou Requerimento de Arbitragem conforme procedimento previsto na cláusula 46.5 do Contrato.

III. RESUMO DA POSIÇÃO DAS PARTES

- [22] O presente capítulo tem por único objetivo contextualizar, de forma breve e sucinta, a posição das Partes na arbitragem, conforme exaradas até o presente momento. A não-inclusão de algum argumento no resumo abaixo não implica qualquer pré-julgamento por parte da sua relevância para o caso ou procedência.

1.1 POSIÇÃO DE ENERG

⁶ Alegações Iniciais, ¶14; Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais ¶20; Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶7.

⁷ Alegações Iniciais, ¶11.

⁸ Doc. R-20; Doc. C-4; Doc. C-5; Doc. C-6; Alegações Iniciais ¶14; Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶24.

- [23] ENERG reclama ressarcimento da ordem de R\$50.026.85,65 (valor histórico em maio de 2009) com base em supostos custos adicionais por ele incorridos durante a execução do Contrato⁹.
- [24] Segundo sua versão, consta do item 1.2.2(a) da Seção VI do Edital para a Licitação (“**Edital**”), datado de 9 de março de 2009, que a consecução do Contrato seria realizada em meio ao período de circulação dos trens metropolitanos. Por essa razão, horários de interdição ou restrição do tráfego, conforme aprovados por CPTM, foram explicitadas no Edital e devidamente observadas por ENERG quando do oferecimento de sua proposta¹⁰.
- [25] Assim, não só a viabilidade da proposta, como também da consecução do próprio Contrato dependiam dos intervalos de circulação de trens pré-determinados por CPTM.
- [26] A despeito disso, inúmeras circunstâncias adversas, supervenientes e imprevisíveis, decorrentes da não disponibilização das condições necessárias para que os serviços pudessem ser executados conforme planejamento e prazo acordados, tiveram grande impacto negativo na consecução do Contrato¹¹.
- [27] ENERG afirma ter vivenciado verdadeira desinteligência contratual, consequência de eventos de responsabilidade dos Requeridos¹². Relata que parcela representativa dos intervalos então programados não teria sido liberada por CPTM¹³.
- [28] Por essa razão, o planejamento previsto para a consecução do Contrato não se concretizou, gerando, assim, necessidade de extensão do prazo de vigência original do Contrato¹⁴. Além disso, ENERG teve que lidar com o cancelamento de alguns dos intervalos previstos, ou a redução do

⁹ Alegações Iniciais, ¶14.

¹⁰ Alegações Iniciais, ¶3.

¹¹ Alegações Iniciais, ¶¶9-12.

¹² Alegações Iniciais, ¶12.

¹³ Alegações Iniciais, ¶20.

¹⁴ Alegações Iniciais, ¶122.

tempo de trabalho então autorizado, o que, por óbvio, impactou o cronograma físico financeiro e a equação pactuada¹⁵.

- [29] Como resultado, a conclusão do projeto, prevista para ocorrer em 18 meses, demandou 72 meses, gerando custos adicionais indiretos e imprevisíveis para ENERG¹⁶.
- [30] Além dos problemas inerentes à concessão dos intervalos operacionais, também teriam causado prejuízo para ENERG: (i) a constante interferência superveniente da empresa MRS Logística S.A (“**MRS**”) na liberação dos intervalos operacionais¹⁷; (ii) a inesperada alteração de metodologia para execução de serviços¹⁸; (iii) a existência de divergências entre projetos¹⁹; e (iv) a necessidade de execução de serviços adicionais²⁰.
- [31] Ainda, a necessidade de contratação de seguros para o período de prorrogação do Contrato²¹, manutenção da equipe de meio ambiente e realização de serviços de gestão ambiental²², que não estavam inicialmente previstos, teriam contribuído para o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato assim como o enriquecimento ilícito dos Requeridos²³.
- [32] ENERG aduz que os Requeridos tinham ciência e, até mesmo, chegaram a reconhecer os cenários adversos suportados por ENERG quando da consecução do Contrato²⁴.
- [33] Diante da superveniência e imprevisibilidade desses eventos, ENERG sustenta o dever dos Requeridos de restabelecerem o equilíbrio contratual, com o ressarcimento de todo e qualquer custo então incorrido por ENERG em virtude da situação adversa a que se viu submetido (por

¹⁵ Alegações Iniciais, ¶20.

¹⁶ Alegações Iniciais, ¶¶41 e 42.

¹⁷ Alegações Iniciais, ¶52.

¹⁸ Alegações Iniciais, ¶¶53 e 54.

¹⁹ Alegações Iniciais, ¶63.

²⁰ Alegações Iniciais, ¶64.

²¹ Alegações Iniciais, ¶80.

²² Alegações Iniciais, ¶84.

²³ Alegações Iniciais, ¶¶83-85.

²⁴ Alegações Iniciais, ¶94.

fatores alheios à sua vontade e responsabilidade, já que decorrente de obrigação exclusiva da Administração contratante)²⁵.

1.2 POSIÇÃO DO ESTADO

- [34] O Estado pugna pela improcedência do pedido indenizatório de ENERG e contesta as alegações de ENERG, afirmando que este é formado por empresas com ampla experiência na execução de contratos como o que ensejou o presente procedimento²⁶. Por possuir grande conhecimento sobre o funcionamento de CPTM, ENERG teria plena ciência de sua sujeição irremediável a situações imprevistas e dificuldades inesperadas²⁷.
- [35] Defende que ENERG estaria ciente, por exemplo, que os horários previstos no Edital representavam, em verdade, uma grade máxima de disponibilização de intervalos para execução do Contrato²⁸.
- [36] Indiscutivelmente, a concessão desses intervalos dependia da realidade diária da operação²⁹. Por essa razão, ENERG teria pleno conhecimento de que o Edital não teria como garantir os dias e, tampouco, o tempo de duração exato dos intervalos³⁰.
- [37] Também conforme o Estado, a liberação do acesso à via para execução dos serviços não era de seu pleno controle nem do de CPTM³¹. Por diversas vezes, fatores alheios à sua vontade obrigaram-no a não autorizar ou restringir intervalos para os trabalhos³².
- [38] Por se tratar de um contrato de empreitada global³³, as obrigações de ENERG cobririam a execução de todos os serviços necessários para a execução do Contrato³⁴.
- [39] Competia, assim, a ENERG se organizar de modo a mitigar os riscos envolvidos nos contratemplos decorrentes da execução do Contrato³⁵. Até

²⁵ Alegações Iniciais, ¶99.

²⁶ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶22.

²⁷ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶¶22 e 23.

²⁸ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶23.

²⁹ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶36.

³⁰ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶39.

³¹ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶49.

³² Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶30.

³³ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶2.

³⁴ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶30.

porque, conforme consta das especificações técnicas do Contrato, a elaboração e gerenciamento do planejamento executivo seriam responsabilidade de ENERG³⁶.

[40] O Estado argui que os atrasos sofridos pelo cronograma contratual não resultaram de eventuais restrições importas por CPTM, mas sim de falha de ENERG, que não mobilizou a estrutura necessária para a conclusão do Contrato em 18 meses³⁷.

[41] Não obstante o anterior, no entender do Estado, qualquer custo adicional alegadamente incorrido por ENERG já foi coberto pelo próprio Contrato, com as prorrogações e valores acrescidos por meio dos Aditivos³⁸.

1.3 POSIÇÃO DE CPTM

[42] Em caráter preliminar, CPTM alega a impossibilidade de ser responsabilizada por qualquer pagamento porquanto foi mera Gereciadora/Interveniente do Contrato celebrado entre ENERG e o Estado³⁹.

[43] Segundo CPTM, todos os pagamentos decorrentes da execução do Contrato são de responsabilidade do Estado⁴⁰, que é o signatário do Contrato de Empréstimo junto às entidades financeiras do projeto que resultou no Contrato⁴¹.

[44] Quanto ao mérito, CPTM argumenta a inexistência de valores adicionais a serem pagos a ENERG⁴² e, conseqüente, improcedência do seu pedido indenizatório⁴³.

[45] Na mesma linha do Estado, CPTM defende ser expressa no Edital a necessidade de execução do Contrato em conjunto com a operação do sistema ferroviário⁴⁴. Não há, portanto, qualquer garantia de

³⁵ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶24.

³⁶ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais ¶24.

³⁷ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais, ¶¶25-28.

³⁸ Resposta do Requerido₁ às Alegações Iniciais, ¶129.

³⁹ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶27.

⁴⁰ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶31.

⁴¹ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶31.

⁴² Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶183.

⁴³ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶188.

⁴⁴ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶49.

disponibilização total dos horários de intervalo nem tampouco de exclusividade da prestação de serviço no local⁴⁵.

- [46] Alega que ENERG detinha amplo conhecimento sobre a realidade da execução do Contrato⁴⁶. Assim, o dimensionamento inadequado das equipes de produção e a improdutividade causada por falha no planejamento são de responsabilidade exclusiva de ENERG⁴⁷.
- [47] Para CPTM, quando constatada a necessidade de adequação ou atualização do escopo contratual, coube a ENERG apresentar nova Planilha de Quantidades e Serviços⁴⁸. Referidas planilhas continham atualizações e alterações de preços que, acatadas por CPTM, foram integralmente contempladas nos Aditivos⁴⁹.
- [48] Por essas razões, argui que ENERG já havia contemplado, por ocasião da indicação dos novos serviços, cujos preços e quantitativos foram por ele próprio sugeridos, os custos envolvidos na execução do Contrato, inclusive quanto à sua prorrogação⁵⁰.

IV. PONTOS CONTROVERTIDOS

- [49] Em face do acima exposto, das manifestações escritas e provas até agora produzidas pelas Partes, o Tribunal preparou o Anexo I, no qual estão identificados pontos incontroversos e pontos controversos a serem enfrentados para a resolução do caso, e sobre os quais as Partes deverão concentrar seu esforço probatório para fins de perícia de engenharia.
- [50] A questão preliminar ao mérito suscitada por CPTM (i.e. impossibilidade de sua responsabilização) não foi incluída no Anexo I. Tampouco está contemplada no Anexo I a questão atinente aos encargos eventualmente aplicáveis aos valores reclamados por ENERG, por ser de interpretação contratual (e, portanto, dispensar dilação probatória) e depender das

⁴⁵ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶49.

⁴⁶ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶56.

⁴⁷ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶62.

⁴⁸ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶185.

⁴⁹ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶185.

⁵⁰ Resposta da Requerida₂ às Alegações Iniciais, ¶186.

conclusões às quais venha a chegar o Tribunal no que diz respeito aos pleitos formulados por ENERG.

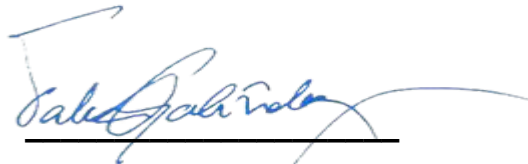
- [51] Às Partes é resguardado o direito de desenvolver e constituir prova adicional, no momento oportuno, sobre fatos e fundamentos jurídicos que não estiverem identificados no Anexo I e que repute relevantes à defesa de suas pretensões.

V. PRÓXIMAS ETAPAS DO PROCEDIMENTO

- [52] O Tribunal convida as Partes a se manifestarem acerca do teor do Anexo I à presente Ordem Processual até o **próximo dia 10 de maio**.
- [53] Tanto o Requerente quanto os Requeridos manifestaram a pretensão de produzir todos os meios de prova em direito admitidos, sendo: (i) prova técnica pericial de engenharia; (ii) prova técnica contábil; (iii) prova documental; e (iv) prova testemunhal.
- [54] Na OP01, ¶37, ficou acordado que uma perícia teria lugar logo após o recebimento da presente Ordem Processual.
- [55] No entanto, na elaboração do Anexo I, foram identificados pelo Tribunal diversos pontos controversos que prescindem de perícia para sua resolução (conforme assinalado no referido anexo) e que, na opinião do Tribunal, conforme o caso, podem ter impacto na delimitação do escopo da perícia (eventualmente, restringindo-o).
- [56] Assim, o Tribunal convida as Partes a, até o **próximo dia 10 de maio**, informarem se concordam, ou não, com a bifurcação do presente procedimento, para a prolação de sentença parcial acerca dos pontos controversos que dispensam a realização de perícia para sua solução.
- [57] Caso as Partes estejam de acordo com a bifurcação do procedimento, o Tribunal convida ademais as Partes a informar, no mesmo prazo acima fixado, quais provas adicionais gostariam de produzir em relação aos pontos que seriam objeto de sentença parcial.

Sede da Arbitragem: São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil

Data: 29 de abril de 2019.



Valeria Galíndez

em nome e com autorização dos demais membros do Tribunal Arbitral