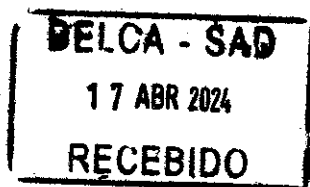


ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES DA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, RESPONSÁVEL PELO PROCESSAMENTO DA
CONCORRÊNCIA PRESENCIAL Nº 01/2024 (PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 18950/2022)



IMPUGNAÇÃO – URGENTE

CONCORRÊNCIA PRESENCIAL Nº 01/2024

PROCESSO 18950/2022

DATA PREVISTA PARA ABERTURA DOS ENVELOPES: 24/04/2024

Recebido
em 17/04/2024
JFF

[REDACTED] respeitosamente,
à presença de Vossa Excelência, com amparo nos artigos 74, §2º, da Constituição da
República, e 164 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, apresentar a presente
IMPUGNAÇÃO, contra o Edital da Concorrência Presencial nº 001/2024 (Processo
18950/2022), da Prefeitura do Município de Petrópolis, via da qual v. Sas. pretendem
delegar a "concessão dos serviços de transporte público coletivo de passageiros nas
regiões de Retiro, Carangola, Roseiral e Estrada da Saudade, todas do Município de
Petrópolis/RJ", o que passa a fazer nos termos a seguir expostos:

[REDACTED]

Sumário / Ementa

i.	breve contextualização do certame.....	3
ii.	das razões de mérito para invalidação do certame	3
	ii.1 - ilegalidade da realização imotivada de licitação na forma presencial – a lei estipula que preferencialmente deveria ser realizada licitação utilizando ferramentas de tecnologia (violação ao art. 17, §2º da lei nº 14.133/2021).....	3
	ii.2 - da ilegalidade flagrante pela ausência de justificação da situação de exclusividade do objeto licitado	4
	ii.3 - da ilegalidade da exigência de apresentação de documentos de habilitação por todos os licitantes (violação ao art. 63, ii da lei nº 14.133/2021).....	7
	ii.4 – da ilegal estipulação das exigências de qualificação econômico-financeira e da garantia de execução com base no valor das receitas – da necessária utilização do valor dos investimentos como base de cálculo para esses específicos fins	8
	ii.5 - da restritividade e da ausência de justificativas quanto aos índices econômico-financeiros estabelecidos no edital	13
	ii.6 - da ilegalidade da exigência de habilitação (regularidade fiscal) desvinculada do objeto licitado	19
	ii.7 – inobservância das disciplina da lei nº 14.133/2021 em relação aos recursos administrativos (violação ao art. 165, §1º, ii)	23
	ii.8 - ilegalidade da vedação velada à participação de consórcios na licitação – da ausência de justificativa técnica para a restrição (violação ao art. 15, §4º da lei nº 14.133/2021)	25
	ii.9 – da ilegal omissão no tocante à indicação das possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados – da ausência de cláusula obrigatória no edital	29
	ii.10 - ilegalidade da previsão de disponibilização imediata da frota e garagem (após assinatura do contrato) e estabelecimento de prazo exíguo para início da operação	30
	ii.11 - da defasagem e incompletude do estudo de viabilidade.....	35
iii.	conclusões e pedido	42

I. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO CERTAME

O edital da Concorrência Pública nº 001/2024, deflagrado por V. Sas, visa a contratação de “concessão onerosa para prestação e exploração do serviço público de transporte coletivo de passageiros do Município de Petrópolis, em quatro regiões específicas, a saber: Retiro, Carangola, Roseira e Estrada da Saudade, e tem estabelecida a data de 24 de abril de 2024 para a sessão pública presencial de entrega e abertura das propostas.

Ao compulsar o instrumento convocatório, chamou a atenção do impugnante o fato de que o referido edital foi publicado com vícios de gravíssima natureza, que demonstram severos prejuízos à ampla competição e tornam impossível a elaboração e apresentação de propostas pelas licitantes.

E tal cenário, por sua vez, inviabiliza a participação da proponente em certame lícito e escorreito, sendo direito subjetivo seu participar de licitação pública cujos termos estejam em conformidade com a legislação de regência.

Assim, e pelas razões que nos itens seguintes serão detidamente expostas, apresenta-se a presente impugnação, a qual requer-se seja acolhida para fins de ensejar a invalidação e posterior retificação do instrumento convocatório do certame em curso.

II. DAS RAZÕES DE MÉRITO PARA INVALIDAÇÃO DO CERTAME

II.1 - ILEGALIDADE DA REALIZAÇÃO IMOTIVADA DE LICITAÇÃO NA FORMA PRESENCIAL – A LEI ESTIPULA QUE PREFERENCIALMENTE DEVERIA SER REALIZADA LICITAÇÃO UTILIZANDO FERRAMENTAS DE TECNOLOGIA (VIOLAÇÃO AO ART. 17, §2º DA LEI Nº 14.133/2021)

De acordo com o estabelecido no Art. 17, §2º da Lei nº 14.133/2021, as licitações deverão, preferencialmente, ser processadas sob a forma eletrônica.

admitindo-se apenas excepcionalmente, e mediante expressa justificativa, a adoção da forma presencial. Neste sentido:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

(...)

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

No procedimento ora atacado o mandamento em questão foi desatendido. Foi estabelecido o processamento da licitação sob a forma presencial e não há qualquer justificativa – no ETP - para a adoção de critério não preferencial.

A previsão legal impôs explícito ônus ao administrador de justificar as razões pelas quais não adotaria a forma eletrônica, e se tal ônus não foi atendido, há ilegalidade.

Assim, considerando inexistente qualquer justificativa para a deflagração do certame no formato presencial, em detrimento da regra posta no Art. 17, §2º da Lei nº 14.133/2021, resta demonstrada a necessidade de invalidação do certame.

II.2 - DA ILEGALIDADE FLAGRANTE PELA AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE DO OBJETO LICITADO

Outro vício do edital correspondente à ausência de publicação do ato de justificativa da outorga com a explicitação da justificativa da exclusividade relacionada ao objeto licitado.

A Lei nº 8.987/95, quando trata da questão posta, tem os seguintes mandamentos:

Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

(...)

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º, desta Lei.

Consoante se depreende da análise conjunta dos Arts. 5º e 16 da Lei nº 8.987/95, cabe ao ente licitante, previamente à publicação do edital, publicar ato de justificativa com as razões de viabilidade técnica ou econômica da exclusividade conferida à outorga.

No caso não foi estabelecida a divisão do objeto licitado em lotes, do que exsurge a exclusividade na contratação e a subsequente imperiosidade de justificação das razões desta exclusividade, porém do Ato de Justificação da Outorga, publicado em atendimento ao Art. 5º da Lei nº8.987/95, que foi acostado ao edital como seu Anexo VI, não houve qualquer menção quanto a exclusividade da outorga ou tentativa de apresentar justificação. Veja-se:



Pela ausência de abordagem e explicitação das razões da exclusividade para o objeto licitado, fica evidenciado o desatendimento ao mandamento posto nos Arts. 5º. e 16 da Lei nº 8.987/95.

II.3 - DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO POR TODOS OS LICITANTES (VIOLAÇÃO AO ART. 63, II DA LEI Nº 14.133/2021)

A Lei nº 14.131/2021 é inovação legislativa que também tem propósito de conferir maior objetividade no processamento das compras públicas e, para isso, dentre outras previsões, trouxe aquela consistente em que **a obrigação de apresentação dos documentos de habilitação incidirá exclusivamente sobre o licitante detentor da melhor proposta.**

É o que estabelece Art. 63, inciso II da Lei nº 14.133/2021:

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:
(...)

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

A Lei é absolutamente clara ao falar da apresentação de documentos **apenas** pelo mais bem classificado, de forma que **não se afigura legítima a exigência prévia de qualquer documentação de habilitação em relação à sessão pública designada para entrega e abertura das propostas.**

A única ressalva estabelecida para tal procedimento residiu na hipótese de “inversão de fases”, na qual a habilitação das licitantes precederá a análise de suas propostas (Lei nº 14.133/2021, Art. 63, parte final), sendo que tal ressalva, contudo, não se aplica para o caso vertente, haja visto que não foi previsto inversão de fases nesse procedimento.

Tem-se então, hipótese de inobservância da sistemática legalmente posta para a habilitação, conforme se identifica do estabelecido nos itens editalícios abaixo reproduzidos:

6 - DA APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO E PROPOSTAS

6.1 - Deverão ser entregues dois envelopes opacos fechados, um com a documentação de habilitação e outro, com a proposta comercial, identificados da seguinte forma:

(...)

6.2 - Cada concorrente poderá apresentar separadamente dos envelopes, mas junto a eles, carta em papel timbrado ou procuração assinada por seu representante legal, designando uma pessoa para representá-la, munida de poderes específicos para exercê-los junto à Comissão Especial de Licitação em todos os atos relativos à presente licitação, em especial para interpor recursos ou desistir de sua interposição, conforme o modelo apresentado no Anexo V.

(...)

9.1 - Da abertura dos Envelopes

9.1.1 O Credenciamento das empresas, a Proposta Comercial e a Documentação de Habilitação serão recebidos em sessão pública, a primeira delas ocorrendo no dia, na hora e no local, estabelecidos no preâmbulo deste Edital.

9.1.2 As sessões públicas serão realizadas com a participação dos membros da Comissão Especial de Licitação e representantes das licitantes, além de munícipes, usuários e outros interessados.

9.1.3 Iniciada a sessão, não mais será permitida a juntada de quaisquer outros documentos além dos contidos nos envelopes entregues, salvo aqueles expressamente solicitados pela Comissão Especial de Licitação, conforme facultado neste Edital.

(...)

9.1.13 Os envelopes das empresas licitantes que não forem abertos ficarão acautelados e lacrados, junto ao processo, conforme recebidos, até a homologação do certame, ficando disponíveis para retirada por até 30 dias após tal ato.

Como fica claro do exposto, foi frontalmente violado o estabelecido no Art. 63, II da Lei nº 14.133/2021.

II.4 – DA ILEGAL ESTIPULAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA E DA GARANTIA DE EXECUÇÃO COM BASE NO VALOR DAS RECEITAS – DA NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DO VALOR DOS INVESTIMENTOS COMO BASE DE CÁLCULO PARA ESSES ESPECÍFICOS FINS

O edital estabeleceu em seu item 3 como “valor do contrato”, ou valor estimado da licitação, o montante correspondente ao somatório do total da receita do sistema ao longo dos 20 (vinte) anos da concessão, equivalendo tal montante ao total de R\$ 408.839.562,00 (quatrocentos e oito milhões, oitocentos e trinta e nove mil, quinhentos e sessenta e dois reais):

3- DO PRAZO E VALOR DO CONTRATO

(...)

O valor estimado para a concessão em tela em lote único é de R\$ 408.839.562,00 (quatrocentos e oito milhões, oitocentos e trinta e nove mil, quinhentos e sessenta e dois reais), correspondente à receita do sistema pelo prazo determinado acima e pela receita estimada, conforme memória de cálculo apresentada no Projeto Básico – Estudo de Viabilidade.

Por sua vez, o item 7.1.3.a) do edital, um dos itens que trata da qualificação econômico-financeira, definiu e estabeleceu como condição de habilitação a comprovação de capital social ou patrimônio líquido no montante correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação. Neste sentido:

7.1.3 - Relativos à Qualificação Econômico-financeira

7.1.3.a) Balanço Patrimonial e Demonstração Contábil dos 02 (DOIS) últimos exercício social, já exigíveis na forma da lei, assinado por contador ou técnico em contabilidade e pelo sócio-gerente (se o licitante for constituído sob a forma de Sociedade Anônima, deverá estar publicado), **com a Comprovação de capital mínimo realizado ou patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação**, com cálculo do índice de liquidez (IGL) igual ou superior a 1.1, calculado, a parte, pela fórmula $IGL = AC + RLP/PE$, onde AC= ativo circulante; PE = passivo circulante + exigível a longo prazo; RLP= realizável a longo prazo, que também deverá ser calculado e assinado por contador ou técnico em contabilidade;

Da mesma forma, estabeleceu-se que a garantia de execução a ser recolhida pelo futuro vencedor do certame deveria corresponder a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, sendo neste sentido o estabelecido no item 13.1 do edital. Veja-se:

13 DA GARANTIA CONTRATUAL

13.1 Visando assegurar o cumprimento das obrigações contratuais ao longo da vigência da CONCESSÃO, antes da celebração do CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA prestará garantia de execução, nos termos do § 1º do art. 96 da Lei Federal nº 14133/21, **na quantia equivalente a 5% do valor do contrato, através de quaisquer das modalidades aludidas no citado artigo.**

Ou seja, estabeleceu-se como condição de habilitação a necessidade de comprovação de patrimônio líquido ou capital social no importe mínimo de R\$ 40.883.956,20 (quarenta milhões, oitocentos e oitenta e três mil, novecentos e cinquenta e seis reais e vinte centavos), enquanto a garantia de execução contratual a ser recolhida deverá ser no importe de R\$ 20.441.978,10 (vinte milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e setenta e oito reais e dez centavos).

Ocorre que, com todas as vênias, **há flagrante ilegalidade na estipulação de tais montantes para fins de qualificação econômico-financeira e garantia de proposta**, haja visto que, em se tratando de concessões de serviços públicos, a lógica (assim como a doutrina e a jurisprudência) orientam que **tais grandezas devem tomar como base de cálculo o montante estimado dos investimentos, e não o montante das receitas totais.**

Isto porque as exigências de habilitação em geral se prestam à demonstração de que os licitantes possuem a efetiva capacidade de bem executar o contrato que se propõe a assinar. Especificamente em relação à qualificação econômico-financeira, as exigências passíveis de serem formuladas devem se prestar à verificação se o licitante possui capacidade de assumir compromissos de ordem financeira compatíveis com o objeto licitado.

De outro lado, a garantia de execução visa, justamente, assegurar que o licitante está apto a fazer frente aos investimentos previstos em contrato.

E é por esta razão que não se afigura possível a formulação de exigência de comprovação de capital social e patrimônio líquido mínimos, bem como garantia de proposta e de execução contratual, relacionados ao montante das receitas a serem auferidos pela futura concessionária.

Tais exigências devem tomar por base o montante dos investimentos previstos, grandeza esta sim diretamente relacionada ao patamar do comprometimento de recursos esperado das futuras concessionárias.

Neste sentido é o magistério de Marçal Justen Filho, que com clareza irretocável destaca que:

Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquidos mínimos. Não interessa renovar a crítica à exigência de capital social mínimo, totalmente injustificada. O relevante é determinar o limite da exigência. O art. 31, §3º, da Lei nº 8.666 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor estimado da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante total das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado

de desembolsos. A titularidade de certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões).¹

Neste sentido é também o entendimento consolidado no âmbito de variados tribunais pátrios, destacando-se aqui o entendimento manifestado reiteradamente no âmbito do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre a matéria:

A SDG ponderou que "(...) Sobre as audiências públicas, não restou demonstrado que, de fato, tenha ocorrido a mencionada antecipação (...) Em relação à segunda reclamação, restou decidido que a abertura do certame está afeta à conveniência e oportunidade da Administração (...) a representação discutida no processo TC-29697/026/07 é improcedente".

"Esta Casa já se posicionou que, para concessões de serviços públicos, essas exigências devem tomar como base o valor dos investimentos previstos e não o estimado para todo o contrato. É o que foi decidido no Processo TC 36269/026/09 (...) TC 16132/026/09".

"A forma prevista no edital se mostra extremamente desestimulante e restritiva, uma vez que o volume de investimentos para o lote 1 é de R\$ 25.060.830,67 e para o lote 2 de R\$ 10.830.952,00, ao passo que o valor estimado do contrato para esses lotes é de R\$ 123.755.627,98 e R\$ 53.243.700,41, respectivamente [...] Uma coisa é prestar uma garantia de participação para o lote 1 correspondente a R\$ 2.506.083,07 (1%, como previsto no edital), nos termos do entendimento desta Corte. Outra bem diferente é em relação a R\$ 12.375.563,80, como exige o instrumento de convocação".

[...]

VOTO

[...]

c) Prestação de garantia para licitar e comprovação de Patrimônio Líquido:

Especial atenção deve ser dada a falha anotada pela auditoria quanto aos subitens "8.2.1", "8.2.2" e "8.3", da peça editalícia, no que toca ao estabelecimento da prestação de garantia para licitar e na determinação do patrimônio líquido das empresas interessadas para o objeto posto em disputa.

Em princípio, tanto a crítica da auditoria quanto a defesa da Municipalidade não abordaram a real impropriedade contida nas requisições referenciadas, tanto que a Origem fora notificada mais uma vez para enfrentar a concreta falha estatuída nas petições editalícias.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, pg. 227/228.

Pois bem, a inadequação existente nos subitens "8.2.1", "8.2.2" e "8.3", do ato convocatório, reside na estipulação da prestação de garantia de licitar e na determinação do patrimônio líquido com base no total estimado do contrato.

A Municipalidade, em suas justificativas, credita a regularidade das exigências vestibulares no esteio legal preconizado no artigo 31, inciso III e § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93; todavia, tal fundamento legal não pode ser admitido para a contratação do objeto licitado, que versa sobre concessão de serviço público, o que vem a ser contrária a firme jurisprudência desta Corte.

Aliás, é neste sentido o posicionamento doutrinário do mestre Marçal Justen Filho: "Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquido mínimos (...). O artigo 31, § 3º, da Lei nº 8.666 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor estimado da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante total das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado de desembolsos. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões)".

[...]

No caso em exame, a peça editalícia, no subitem "2.4", projetou que a previsão de investimentos para o Lote 1 seria da ordem de R\$ 25.060.830,67 e para o Lote 2 consistiria em R\$ 10.830.952,00. Assim, tomando por base os parâmetros econômicos fixados pelos subitens "8.2.1" e "8.3", ambos marcados em 1% (um por cento) do valor estimado do contrato de concessão, para a garantia de participação no certame e comprovação do patrimônio líquido mínimo, o Lote 1 deveria ter sido limitado em R\$ 250.608,31 e o Lote 2 em R\$ 108.309,52. Todavia, a Municipalidade exigiu que a comprovação fosse, respectivamente, de R\$ 1.237.556,28 e em R\$ 532.437,00, o que vem a demonstrar a incoerência à luz do artigo 31, inciso III e § 3º, da Lei Geral de Licitações, em franco prejuízo da competitividade no presente caso.²

A questão é de tal forma sedimentada no âmbito daquela E. Corte que, inclusive, mereceu a edição de verbete sumular, cujo teor é o seguinte:

SÚMULA Nº 43 - Na licitação para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira devem ter como base de cálculo o valor dos investimentos devidos pela concessionária.

²TC-029697/026/07, TC-000785/010/09, TC-000784/010/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, julgado em 24/08/2010.

Desta feita, somente pela utilização de base de cálculo equivocada das exigências impostas aos licitantes, o que se tem é a ilegalidade flagrante do item editalício questionado.

Ademais, como no caso dos autos as exigências de capital social integralizado mínimo foi calculada sobre a receita estimada, e como a receita estimada é, evidentemente, sobremaneira exorbitante quando em comparação com o montante dos investimentos a serem suportados pela futura concessionária, pode-se afirmar com grande tranquilidade que foram extrapolados os limites percentuais previstos nos arts. 69, §4^º e 98^º da Lei nº 14.133/2021, o que além de caracterizar ilegalidade configura restrição indevida à competição.

II.5 - DA RESTRITIVIDADE E DA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS QUANTO AOS ÍNDICES ECONÔMICO-FINANCEIROS ESTABELECIDOS NO EDITAL

No tocante aos índices econômico-financeiros o instrumento convocatório estabeleceu a necessidade de comprovação de Índice de Liquidez Geral superior a 1,1 (um inteiro e um décimo). Neste sentido o item 7.1.3.a, na parte destacada:

7.1.3 - Relativos à Qualificação Econômico-financeira

7.1.3.a) Balanço Patrimonial e Demonstração Contábil dos 02 (DOIS) últimos exercício social, já exigíveis na forma da lei, assinado por contador ou técnico em contabilidade e pelo sócio-gerente (se o licitante for constituído sob a forma de Sociedade Anônima, deverá estar publicado), com a Comprovação de capital mínimo realizado ou patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação, com cálculo do índice de liquidez (IGL) igual ou superior a 1.1, calculado, a parte, pela fórmula $IGL = AC + RLP/PE$, onde AC= ativo circulante; PE = passivo circulante + exigível a longo prazo; RLP= realizável a longo prazo, que também deverá ser calculado e assinado por contador ou técnico em contabilidade;

No caso, se verifica que o índice eleito no instrumento convocatório (ILG) é um daqueles reputados “usuais” para aquisição de bens e serviços pelo Poder

³ Art. 69 (...)

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

⁴ Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Público, com estabelecimento de obrigação de comprovação de índice mínimo igual ou superior a 1,1.

Assim, ainda que usualmente seja exigível a apresentação de ILG mínimo, não há mínima justificativa para a adoção do parâmetro de mínimo de 1,1 (um inteiro e um décimo), assim como não há menor indicação da existência de aferição de tal índice em compatibilidade com os parâmetros usualmente verificados nas empresas de transporte público coletivo de passageiros.

Consoante sedimentado no âmbito de nossos pretórios, o estabelecimento de índices econômico-financeiros como exigência de habilitação demanda a verificação e a adequação, caso a caso, de compatibilidade entre os índices exigidos e o mercado de potenciais fornecedores.

É o que preconiza, por exemplo, a Súmula 289 do E. Tribunal de Contas da União:

SÚMULA TCU 289: A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

Em mesma linha, consoante jurisprudência consolidada no âmbito do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, é assente o entendimento no sentido de que os índices contábeis exigidos em licitação pública devem tomar em consideração a realidade própria e inerente ao mercado em que se insere o objeto licitado, de forma que a exigência editalícia não se afigure indevidamente restritiva. Neste sentido são os seguintes dentre inúmeros precedentes:

3. Considerando que o processo licitatório se presta à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, regras que eventualmente afrontem a legalidade e/ou impeçam a correta elaboração de propostas devem ser bem esclarecidas, previamente à realização do certame, evitando sobrevida de eventual elemento prejudicial à competitividade.

É entendimento assente nesta Corte que os índices financeiros devem ser condizentes com o setor de mercado que se pretende contratar.

Na hipótese, o grau de endividamento geral exigido pelo edital ($GE \leq 0,50$) demanda justificativas, nos termos do artigo 31, § 5º, da Lei nº 8.666/932, em virtude das peculiaridades referentes ao ramo de atividade em questão e a jurisprudência deste Tribunal.

Neste sentido, a decisão Plenária de 03-07-13, nos autos do TC-905.989.13-3, Relator e. Conselheiro DIMAS EDUARDO CAMARGO:

"No que tange ao índice de endividamento, muito embora a jurisprudência desta Corte tenha considerado razoável a fixação de índice de endividamento entre 0,3 e 0,5 para a maior parte dos segmentos da atividade econômica e mercantil, tem-se que tais índices devem ser compatíveis e adequados ao ramo de atividade ou ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame, por imposição da lei (art. 31, §5º, da Lei 8.666/93).

O Representante instruiu a peça com informações e documentos que demonstram que o grau de endividamento da maioria das empresas que atuam no segmento estão superiores ao limite de 0,60, estabelecido como condição de habilitação econômico-financeira pelo ato convocatório.

Por oportuno, transcrevo os parágrafos da exordial em que a Representante apresentou as peculiaridades do segmento de vales beneficícios que conduzem à apuração de índices de endividamento superiores aos parâmetros convencionais:

"Isso porque, no setor de vales beneficícios (alimentação ou refeição), em que as empresas prestadoras recebem dos tomadores o valor dos créditos utilizados pelos funcionários/usuários para reembolsar os estabelecimentos credenciados (supermercados, restaurantes, etc.), pode haver, eventualmente, um certo descompasso no fluxo de caixa entre os recebimentos e os pagamentos, obrigando que as empresas prestadoras se socorram à empréstimos bancários para quitar os débitos gerados pelos usuários dos vales nos estabelecimentos credenciados."

"E nem se diga que, estando o tomador inadimplente, poderia a prestadora também inadimplir para com o reembolso dos estabelecimentos credenciados, uma vez que um único atraso nesta obrigação dá o direito de os estabelecimentos não mais aceitar nenhum dos vales da prestadora, prejudicando todos os usuários de seus vales, não só os vinculados ao tomador inadimplente, mas também aqueles vinculados aos tomadores adimplentes com seus créditos, sendo, portanto, imprescindível que a prestadora esteja sempre rigorosamente quíte com os reembolsos dos vales, mesmo quando alguns dos tomadores atrasam seus pagamentos."

"E é justamente em razão desta dinâmica natural e peculiar do mercado de vales de beneficícios que faz com que as empresas do setor tenham índices de endividamento superiores aos patamares de outros setores de atividade econômica, obrigando, pois, que os limites máximos de endividamento sejam flexibilizados nas licitações públicas para contratação destes serviços, sob pena de se restringir indevidamente o universo de participantes e, por consequência, a competitividade do certame."

*A Representante citou ainda cinco das principais empresas do setor que apresentam índices de endividamento superiores a 0,60: **Green Card S.A.** (0,92); **Companhia Brasileira de Soluções e Serviços – Visa Vale** (0,88); **Bônus Brasil Serviços de Alimentos Ltda.** (0,79); **Planinvest Administração e Serviços Ltda.** (0,69) e **Ticket Serviços S.A.** (0,72).*

Assim, diante das peculiaridades do mercado de vales beneficícios, a exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,60 se revela restritiva à competitividade e não se mostra adequada à verificação da boa situação financeira das proponentes, assim entendida como aquela suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato".

4. É o quanto basta para concluir, em exame prévio e de cognição não plena, pela ocorrência de possível violação à legalidade e competitividade desejadas, suficiente para a concessão da providência cautelar, a permitir sejam bem esclarecidas, durante a instrução, **as questões ora suscitadas.**

Considerando que a entrega das propostas está designada para o **dia 05-04-16, às 10h00min**, acolho a solicitação de exame prévio do edital, determinando, liminarmente, ao Prefeito que **SUSPENDA** a realização da sessão pública de recebimento dos envelopes e **ABSTENHA-SE DA ADOÇÃO DE QUAISQUER MEDIDAS CORRETIVAS NO EDITAL ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DESTA CORTE.**⁵

⁵ TCE/SP – TC-008388.989.16-2, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 04 de abril de 2016.

2.8 Quanto aos índices econômico-financeiros, constato que a Administração excluiu a imposição de demonstração do índice de liquidez geral (ILG), no entanto, a despeito das argumentações apresentadas, deixou de adequar o coeficiente de endividamento ao ramo de atividade licitado, como consignado na decisão desta Corte.

Ante a relevância da questão, considero oportuno transcrever a percuente análise da assessoria técnica especializada sobre a matéria:

“Em seu arrazoado, a Representada faz menção aos índices de endividamento dos maiores prestadores de serviços privados nacionais, a citar, AEGEA SANEAMENTO S.A. (IE = 0,23), Odebrecht Ambiental S.A. (IE = 0,15) e Solvi Participações S.A. (IE = 0,14). Porém, é de se destacar que referidos quocientes de endividamento foram extraídos dos balanços patrimoniais de 2014 das empresas controladoras. Considerando-se os balanços patrimoniais consolidados das citadas empresas, verifica-se que os níveis de endividamento correspondem, respectivamente, a IE = 0,63, IE = 0,62 e IE = 0,61, ou seja, todas acima de 0,60, portanto, infere-se que não houve acatamento à determinação desta Corte de Contas” (grife).

Evidente, assim, que o patamar fixado para demonstração do índice de endividamento das licitantes não se mostra condizente com a realidade de mercado das empresas do ramo, devendo ser retificado.

2.8 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:

- a) Rever as inconsistências relacionadas aos custos, despesas operacionais e à dívida ativa da Autarquia; e
- b) Adequar o índice de endividamento ao segmento de mercado do objeto posto em disputa.

Deve também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.⁶

3. Considerando que o processo licitatório se presta à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, regras que eventualmente afrontem a legalidade e/ou impeçam a correta elaboração de propostas devem ser bem esclarecidas, previamente à realização do certame, evitando sobrevida de eventual elemento prejudicial à competitividade.

É entendimento assente nesta Corte que os índices financeiros devam ser condizentes com o setor de mercado que se pretende contratar.

Na hipótese, o índice de endividamento geral adotado pela Administração, em limite inferior ou igual a 0,30, demanda justificativas, nos termos do artigo 31, § 5º, da Lei nº 8.666/93, em virtude das peculiaridades referentes ao ramo de atividade em questão e a jurisprudência deste Tribunal.

(...)

5. É o quanto basta para concluir, em exame prévio e de cognição não plena, pela ocorrência de possível violação à legalidade e competitividade desejadas, suficiente para a concessão da providência cautelar, a permitir sejam bem esclarecidas, durante a instrução, **todas as questões ora suscitadas**.

Considerando que a entrega das propostas está designada para o **dia 14-08-14, às 09h00min**, acolho a solicitação de exame prévio do edital, determinando, liminarmente, ao Prefeito que **SUSPENDA** a realização da sessão pública de recebimento dos envelopes

⁶ TCE/SP - TC-006858.989.15-5, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 11 de novembro de 2015.

e ABSTENHA-SE DA ADOÇÃO DE QUAISQUER MEDIDAS CORRETIVAS NO EDITAL ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO DESTA CORTE. ⁷

Índices reputados usuais não são de aplicação legítima e legal a toda e qualquer licitação, havendo a necessidade de que, de acordo com as características do mercado envolvido na disputa, haja a adaptação dos índices econômico-financeiros de forma a evitar que venham a se caracterizar como flagrantemente restritivos.

Na hipótese, com todo o respeito, o que se identifica de maneira objetiva é que, pelas características do mercado, a própria exigência de demonstração de índices contábeis mínimos se afigura imprestável para fins de averiguação da saúde financeira das proponentes.

Isto porque, no caso específico do transporte de passageiros, há peculiaridades que **inviabilizam** a aplicação dos índices usuais que se justificariam no cenário relativo ao fornecimento de bens ou prestação de serviços. **No caso do transporte coletivo de passageiros nota-se a existência de um paradoxo: não é a empresa com os melhores índices usuais que teria, necessariamente, a condição de prestar os melhores serviços. Muito pelo contrário.**

Tal fato decorre da circunstância de que as empresas operadoras dos serviços de transporte coletivo de passageiros se encontram permanentemente alavancadas para fins de aquisição e manutenção de veículos em idade operacional exigida nos contratos de operação.

Todo e qualquer empresário de transporte por ônibus no Brasil utiliza-se de linhas de crédito bancário nas quais, via de regra, a principal garantia são os próprios bens adquiridos. Os veículos adquiridos constituem a principal garantia de recebimento dos financiamentos outorgados aos operadores dos serviços de transporte público coletivo de passageiros.

É nesse ponto, exatamente, que se localiza a distorção que pode conduzir à aplicação equivocada (e, portanto, ilegal e restritiva) exigência de índices contábeis.

⁷ TCE/SP - TC-003781.989.14-0, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 13 de agosto de 2014.

A boa prestação de serviço no transporte de passageiros está relacionada à segurança, regularidade, pontualidade e conforto oferecidas ao passageiro, sendo elementar que o detentor de uma frota nova de veículos teria melhores condições de oferecer tais vantagens do que o possuidor de uma frota velha.

Diante das condições de financiamento que albergam as empresas de transporte de passageiros, os bens de maior valor alocados à prestação do serviço - os próprios veículos - raramente chegam a integrar o ativo de uma empresa preocupada em oferecer as vantagens supra referidas pois, normalmente, **antes do período final previsto para o pagamento integral do financiamento renova-se a frota.**

Em outras palavras, a empresa que se preocupa em oferecer os melhores serviços aos seus clientes não deixa "envelhecer" excessivamente a sua frota de veículos e antes do período final previsto para o pagamento, substitui os veículos com certo tempo de uso por outros mais novos, obtendo novo financiamento para tanto, quitando ou renegociando o "resíduo" do débito existente, para possibilitar a venda dos veículos usados a empresas menos exigentes ou para destinações específicas.

Em termos contábeis, na medida em que a frota esteve permanentemente vinculada como garantia de um contrato de financiamento, observa-se o seguinte fenômeno: **o valor dos veículos não integra o ativo da empresa (eis que a sua titularidade está jungida à instituição financiadora), enquanto que o valor do financiamento "engrossa", obviamente, o seu endividamento**, provocando a distorção na aferição dos índices ortodoxos, de liquidez corrente, liquidez geral e endividamento.

O mesmo fenômeno, "mutatis mutandis", observa-se no exame do "leasing" - outro mecanismo largamente utilizado na renovação de frotas de veículos de transporte coletivo - no qual a titularidade somente é transferida para a empresa mediante pagamento de todas as parcelas e do valor residual constatada ao final do período contratado.

Em termos práticos, a aferição da saúde financeira por índices contábeis leva à equivocada conclusão de que uma empresa que opera com

veículos próprios de 12 (doze) anos teria melhores condições econômico-financeiras do que uma empresa que opera com veículos de 0 (zero) a 1 (um) ano de idade, o que, obviamente, representa uma distorção em face do interesse público específico que se persegue no processo licitatório que precede a contratação.

Diante deste cenário, o que se verifica é a flagrante ilegalidade e a consequente restritividade da exigência de índices econômico-financeiros na presente licitação, devendo haver a extirpação de tal exigência do edital a fim de que, assim, se afigure atendido o interesse público e seja alcançada contratação efetivamente vantajosa para o Município.

Frise-se, no caso do transporte de passageiros o não atingimento dos índices “usuais” não apenas não significa que as empresas não são economicamente saudáveis como, por outro lado, refletem a sua preocupação na permanente renovação de sua frota e na manutenção de veículos confortáveis e seguros.

Sem embargo da questão relativa à necessidade de extirpação da exigência de índices contábeis no caso concreto, considerando a realidade dos serviços de transporte público coletivo de passageiros, tem-se ainda que os precedentes acima invocados também são unívocos não apenas quanto à explicitação da obrigação de adequação dos índices contábeis à realidade do mercado de cada licitação como, ainda, **ao impor ao Poder Público a obrigação de justificar explicitamente os índices contábeis por ela exigidos.**

Deve, diante do destacado, ser reconhecida a restritividade e ilegalidade do item 7.1.3.a, com a consequente determinação para que sejam extirpadas do edital as exigências relativas aos índices econômico-financeiros ou para que, na pior das hipóteses, sejam os mesmos adequados à realidade do mercado mediante explicitação de estudos específicos neste sentido por parte do Município de Petrópolis.

II.6 - DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO (REGULARIDADE FISCAL) DESVINCULADA DO OBJETO LICITADO

O instrumento convocatório questionado contempla restrição nefasta consistente na inclusão de condições de habilitação que não guardam qualquer relação com o objeto licitado.

De acordo com os itens 7.1.4.c.2 e 7.1.4.c.3 do edital, caberia às proponentes para fins comprovar a sua regularidade fiscal a apresentação de comprovante de regularidade perante o Fisco Estadual e perante o Fisco Municipal em reação a todos os tributos, sem distinção quanto ao fato de serem os mesmos relacionados ou não com o objeto licitado. Veja-se:

7.1.4 - Relativos à Regularidade Fiscal e Trabalhista

(...)

7.1.4.c) Prova de regularidade perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, que será realizada da seguinte forma.

(...)

7.1.4.c.2 Fazenda Estadual: apresentação da Certidão Negativa de Débitos, ou Certidão Positiva com efeito de Negativa, ou, se for o caso, certidão comprobatória de que o licitante, em razão do objeto social, está isento de inscrição estadual;

7.1.4.c.2.1 No caso da Fazenda Estadual do Rio de Janeiro, a Certidão deverá ser apresentada conjuntamente a Certidão da Dívida Ativa Estadual, de acordo com a Resolução Conjunta PGE/SER nº 033 de 24 de novembro de 2004;

7.1.4.c.3 Fazenda Municipal: apresentação da Certidão Negativa de Débitos, ou Certidão Positiva com efeito de Negativa, de todos os Tributos

7.1.4.c.3.1 As empresas cujo município sede não faça constar todos os tributos em uma mesma certidão, deverão apresentar quantas certidões sejam necessárias, para comprovação de sua situação em relação a todos os tributos.

O Município de Petrópolis pretende contratar empresa para prestação de serviços de transporte regular de passageiros, que se caracteriza como típica atividade de prestação de serviço, que se sujeita então exclusivamente à incidência do tributo municipal "Imposto Sobre Serviços de Quaisquer Natureza – ISSQN.

Contudo, o edital exigiu indistintamente a apresentação de certidão perante o Fisco Estadual (englobando, evidentemente, o tributo não incidente no caso – ICMS), assim como exigiu também, expressamente, a comprovação de regularidade perante o fisco municipal abrangendo tributos imobiliários, ou seja, relacionada ao Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU.

Ocorre que a prestação dos serviços de transporte de passageiros não guarda qualquer relação com a ocorrência ou não de circulação de mercadorias ou serviços ou com a existência, ou não, de propriedade imóvel titularizada pela empresa contratada, de sorte que se pode afirmar a comprovação de regularidade quanto ao ICMS ou quanto ao IPTU, por exemplo, são condições não vinculadas ao objeto licitado.

Tal situação configura flagrante ilegalidade, conforme reconhece a nossa doutrina e a jurisprudência sobre o assunto.

Neste sentido, o preclaro jurista Marçal Justen Filho possui posição contundente acerca da impossibilidade de exigência de comprovação de regularidade fiscal desvinculada do objeto licitado, valendo destacar neste ponto:

a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da 'fazenda' (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.⁸

Prossegue ainda o jurista:

Não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, serviços ou compras – comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou a taxa de polícia da CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado.⁹

Tal prática vai claramente de encontro à jurisprudência pacificada do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, para quem:

Para PFE (Evento 42), procedentes os apontamentos relativos à vedação de empresas em recuperação judicial e à exigência de regularidade fiscal perante o ICMS. Já Chefia de ATJ (Evento 38), Ministério Público de Contas (Evento 47) e SDG (evento 51) sugerem a procedência integral das impugnações.

Este o relatório.

VOTO

⁸ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 403.

⁹ Idem.

Preliminarmente, submeto para referendo deste E. Plenário as medidas por mim adotadas para determinar a suspensão do certame.

As impugnações são procedentes.

Em descompasso com a Lei exigência de prova de regularidade com a Fazenda Estadual relativa ao ICM/ICMS (item 15.1.2). Referidos tributos não guardam relação com o objeto licitado (obras civis), de modo que eventual inadimplência a eles relacionada não deve ser obstáculo para o ingresso de empresas ao torneio.¹⁰

A Cláusula que impõe regra de comprovação de regularidade fiscal a partir da apresentação de Certidão Negativa de Débitos relativos ao ICMS também comporta aprimoramento.

O assunto segue orientação até certo ponto recente deste E. Plenário que, ao analisar a matéria contida nos autos do TC-8735.989.20-4, ratificou determinadas abordagens e estabeleceu diretrizes que aqui se aproveitam.

Consoante entendimento que hoje prevalece, a documentação demandada das concorrentes deve se restringir ao perfil tributário essencialmente condizente com a natureza do objeto licitado e com a atividade desenvolvida pela empresa, cabendo ao poder público, na hipótese de redigir a regra nos moldes da generalidade do art. 29 da Lei de Licitações, exercer a verificação concreta dos tributos compatíveis com a especificidade da contratação em perspectiva.

Muito embora entenda ser estranho ao controle que exercemos a propriedade de indicar à Administração o perfil a ser demandado em caso de verificação de regularidade fiscal, na hipótese presente desponta situação particular em que o serviço licitado, em regra, não sofre exação do ICMS por expressa determinação legal (conf. item 7 do Anexo da Lei Complementar nº 116/2003)

A propósito, nada obstante o instrumento prescreva hipótese que tempera a comprovação da regularidade fiscal diante de eventuais e comprovadas isenções, a reclamada especificação do perfil tributário excede, no universo de tributos existente, aqueles que efetivamente merecem atenção do licitante

Assim, tendo em vista o princípio do julgamento objetivo, de rigor que o critério seja revisto para que, a partir da generalidade do quanto estatuído no art. 29 da Lei de Licitações ou em função da indicação pontual e precisa, a cláusula possibilite ao Pregoeiro atentar exclusivamente aos tributos que efetivamente incidam nos fatos praticados a partir da execução do objeto licitado.¹¹

Destarte, é justamente pela ausência de correlação entre o objeto licitado e a exigência de habilitação formulada que se impõe a necessidade de invalidação do certame.

¹⁰ TCE/SP – TC 009841.989.16-3, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, julgado em 27/07/2016.

¹¹ TCE/SP – TC 022376.989.20-8, Rel. Cons. Renato Martins Costa, julgado em 02 de dezembro de 2020

**II.7 – INOBSERVÂNCIA DAS DISCIPLINA DA LEI Nº 14.133/2021 EM
RELAÇÃO AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS (VIOLAÇÃO AO ART. 165,
§1º, II)**

O Art. 165 da Lei nº 14.133/2021 constitui o dispositivo legal que concentra atualmente as disposições concernentes aos recursos administrativos a serem interpostos no bojo das licitações e dos contratos administrativos delas decorrentes.

Segundo a norma em questão, mais especificamente de acordo com o estabelecido nos incisos de seu parágrafo primeiro, os recursos interpostos no decorrer das licitações (fase de julgamento de propostas ou de habilitação), se sujeitam à necessidade de prévia manifestação quanto ao interesse da licitante de recorrer e, especialmente no que importa para o caso presente, **se sujeitam à realização de sua apreciação em fase única.**

Assim estabelece a norma:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

b) julgamento das propostas;

c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

d) anulação ou revogação da licitação;

e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

II - pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.

§ 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas "b" e "c" do inciso I do caput deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do caput deste artigo será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 desta Lei, da ata de julgamento;

II - a apreciação dar-se-á em fase única.

§ 2º O recurso de que trata o inciso I do caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos.

§ 3º O acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento.

§ 4º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso.

§ 5º Será assegurado ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

Do quanto exposto, é certo que em face tanto das decisões concernentes à fase de análise das propostas quanto em relação às decisões relativas à fase de habilitação, preveu-se que a apresentação das razões recursais e sua apreciação ocorrerá em momento único, cabendo às licitantes, em cada etapa do certame, apenas manifestar sua intenção de interpor recursos.

Tal disposição visou conferir maior celeridade aos certames licitatórios e evitar o prolongamento por prazos longos de questões concernentes a licitantes que não mais possuam, pelas próprias circunstâncias da licitação, interesse recursal.

Ocorre que, no caso em apreço, o edital deflagrado por V. Sas, estabelece disciplina diversa daquela legalmente estabelecida para os casos de recursos, mantendo sistemática estabelecida por ocasião da Lei nº 8.666/93 no sentido de que os recursos deverão de ser interpostos e serão analisados após cada etapa da licitação.

É o que se depreende **objetivamente** do disposto no item 9.1.8 do edital (que tratam da análise, interposição e julgamento de recursos sobre as propostas econômicas) e no item 9.1.15 do edital (que tratam da análise, interposição e julgamento de recursos acerca da habilitação). Assim dispõem referidas cláusulas:

9.1.7 Encerrada a fase de classificação das propostas a Comissão Especial de Licitação comunicará o resultado às licitantes, na mesma ou em outra reunião convocada para esse fim, ou ainda através de comunicado publicado no Portal da Transparência do Município.

9.1.8 Divulgado o resultado do julgamento das Propostas Comerciais e transcorrido o prazo para a interposição e o julgamento dos eventuais recursos, a Comissão Especial de Licitação convocará as Licitantes para, em dia, hora e local a serem fixados, para dar continuidade ao certame.

(...)

9.1.14 A Comissão Especial de Licitação poderá decidir pelo exame e julgamento da proposta comercial e da documentação, na mesma sessão de abertura ou designar nova sessão para informar o resultado do julgamento, e ainda, comunicar o resultado por meio Portal da Transparência, no site da Prefeitura Municipal de Petrópolis, através do link http://www.petropolis.rj.gov.br/e-gov/sad/licitacoes_contratos/.

9.1.15 Divulgado o resultado do julgamento das Documentações e transcorrido o prazo para a interposição e o julgamento dos eventuais recursos, a Comissão Especial de Licitação divulgará o resultado final da concorrência.

Como bem se percebe de forma inconteste, **não se observou no caso presente o mandamento legalmente posto e imposto na Lei nº 14.133/2021 (lei regedora do certame) no sentido de que a fase recursal será única no tocante à interposição e julgamento dos recursos.**

Por sua vez, o Art. 191 da Lei nº 14.133/2021, com a sua redação atual, é clara ao dispor no sentido de vedar a aplicação cumulada do atual diploma regedor das licitações públicas com as leis que foram por ela revogadas, aqui mencionando especificamente a Lei nº 8.666/93.

Daí decorre a necessidade de adoção de providências com o fito de restaurar a legalidade na condução e processamento do certame questionado.

II.8 - ILEGALIDADE DA VEDAÇÃO VELADA À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS NA LICITAÇÃO – DA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA A RESTRIÇÃO (VIOLAÇÃO AO ART. 15, §4º DA LEI Nº 14.133/2021)

O instrumento convocatório estabeleceu restrição indevida, e não justificada, ao universo de licitantes, ao, ainda que implicitamente, vedar a participação de consórcios na disputa.

Afirma-se que a vedação no caso em questão foi implícita porque, de forma reptícia, a administração do Município de Petrópolis **simplesmente deixou de estipular qualquer regra concernente à participação de consórcios na disputa**, o que, na prática, acaba por inviabilizar o ingresso de licitantes associadas desta forma na licitação.

De proêmio, cabe esclarecer que não se desconhece o entendimento que vigora em alguns de nossos pretórios (dentre os quais, o próprio TCE/RJ), no sentido de que a admissão ou não da participação de consórcios na disputa se insere, via de regra, na esfera discricionária do administrador.

Tais precedentes, contudo, foram edificados sob a vigência da Lei nº 8.666/93, que se trata de diploma legal que (i) não apenas não mais se encontra vigente como (ii) não é a lei aplicável à licitação ora questionada, que por expressa previsão, é regida pelos termos da Lei nº 14.133/2021.

Sem embargos, mesmo sob a vigência da Lei anterior, não eram raros os julgados adotando posição no sentido de que a despeito de a determinação de limitação ou não ao número de consorciadas se inserir na esfera do juízo discricionário do Administrador, a limitação, **de acordo com o caso concreto**, pode se afigurar ilegítima e, portanto, indevidamente restritiva.

É o que se se infere de recentíssimo precedente do E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro materializado no Acórdão 000012/2023-PLEN (Processo TCE-RJ 248.653-3/22) no qual se assentou entendimento no sentido de que, **de acordo com a análise do caso concreto, a vedação a participação de consórcios deve ser devidamente justificada**. Neste sentido:

REPRESENTAÇÃO. CONSÓRCIO. PODER DISCRICIONÁRIO. GESTOR PÚBLICO. FUNDAMENTO LEGAL. No caso de participação de empresas reunidas em consórcio, em que pese situar-se no âmbito da discricionariedade do Administrador Público, nos termos do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/93, os motivos que fundamentam a escolha do consórcio devem estar demonstrados nos autos do procedimento licitatório e/ou no instrumento convocatório.¹²

Em mesma linha é a posição do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do E. Tribunal de Contas da União, que se posicionam pela necessidade de admitir a possibilidade de participação de consórcios quando tal prática puder se afigurar vantajosa:

TCE/SP

(...)

¹² TCE/RJ, Processo TCE RJ nº 248.653-3/22, Rel. Cons. Substituta Andrea Siqueira Martins, julgado em 18/01/2023

ATJ, sob o ponto de vista de Economia, apontou as seguintes imperfeições (fls.2314/2318):

(...)

Limitação injustificada de, no máximo, três componentes para formação de consórcio, obstando maior competitividade e impedindo que empresas menores participassem da contenda.

(...)

VOTO

(...)

Na mesma linha, não encontro razões para que a Companhia tenha restringido ao número máximo de três a composição de pool de empresas para concorrer ao objeto.

Reconheço a discricionariedade de que dispõe a Administração neste terreno, de resto bem reconhecida pela jurisprudência desta Corte. Não erijo esse ponto como irregularidade individualizada que integra as razões de decidir. Porém, o que se expõe auxilia a construção do raciocínio que conduz à conclusão desfavorável.

Retomando, não se sustenta, portanto, a assertiva de que se determinou a quantidade de três empresas porque a atuação da SABESP está seccionada em três grupos distintos, posto que, se assim fosse, a Companhia poderia recorrer a um tipo de certame específico para cada frente de atuação.

(...)

Por tal vertente, a maior quantidade de empresas consorciadas possibilitaria mais oferta de serviços e, provavelmente, melhores preços.¹³

TCU

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Representação contra concorrência 18/SRGR/SBKP/2003, patrocinada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, por meio de sua Superintendência Regional do Sudeste, com sede em Guarulhos/SP,

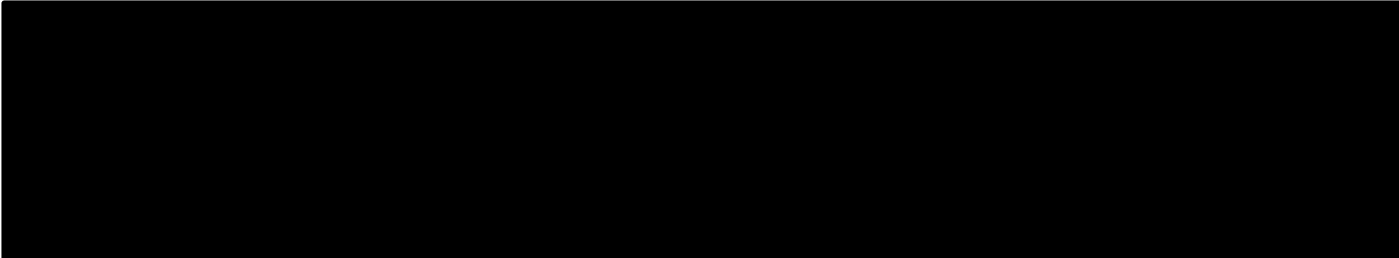
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos artigos 1º, inciso II, da Lei 8.443/92, art. 237, VII, do Regimento Interno, e art. 113, § 1º da Lei 8.666/93, em:

(...)

9.2. determinar à Infraero que, a fim de conferir a máxima competição às licitações, admita a participação de consórcios sempre que a amplitude do objeto ou a diversidade de elementos que compõem o objeto evidenciem a dificuldade de o objeto ser implementado por uma única empresa;¹⁴

¹³ TCE-SP. Primeira Câmara – sessão de 25/03/2014 – item 08 TC-019445/026/08. Conselheiro Renato Martins Costa

¹⁴ TCU, Processo nº TC-020.391/2003-3. Acórdão nº 310/2004 – Plenário, Min. Relator: Walton Alencar Rodrigues, publicada no DOU de 07/04/2004.



Contudo, retomando a análise sob o atual cenário normativo, tem-se que dentro do atual regime normativo incidente sobre as licitações e contratações públicas, muito mais se justifica, na medida em que atualmente, a ampla admissão à participação de consórcios em licitação, **bem como a admissão indiscriminada da quantidade de consorciadas**, por expressa disposição legal, é regra. Neste sentido é o que estabelece o Art. 15, §4º da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual:

Art. 15. **Salvo vedação devidamente justificada** no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

(...)

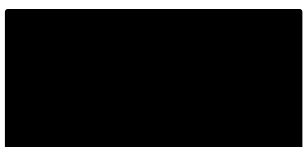
§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.

Como bem se vê, **atualmente a ampla admissão à participação de consórcios na licitação se constitui regra, somente afastável mediante explícita justificativa, a qual, por sua vez, inexistente no caso presente.**

Ora, no caso dos autos está-se a falar de licitação para concessão de serviços públicos de transporte público coletivo pelo prazo de 20 anos, cuja natureza complexa envolve a realização de vultosos investimentos e a execução de atividades com características extremamente diferenciadas (atividades relativas à implantação e manutenção de sistemas de tecnologia, gestão de pessoal e serviços de forma permanente) e o fornecimento de uma série de equipamentos e sistemas sobremaneira complexos, além da realização de investimentos de alta monta.

Neste cenário, somente se admitiria o advento de qualquer limitação não expressamente prevista em lei caso a mesma fosse devidamente justificada, o que, ao que consta do edital, não é o caso.

Em outras palavras, da análise dos documentos disponibilizados aos interessados se conclui que a administração pública NÃO MOTIVOU a restrição estabelecida no edital, violando, neste cenário, o princípio da ampla competitividade.



Assim, fica claro que o único propósito da limitação em questão em relação a um certame do porte do presente seria alijar da disputa empresas de menor porte que poderiam, entre si, se consorciar e executar com perfeição o objeto licitado.

Diante do exposto, tem-se que, especificamente no caso dos autos, a vedação à participação de consórcios na licitação ora analisada, por se afigurar indevida e excessivamente restritiva ao universo de licitantes, não pode ser admitida por esta E. Corte de Contas, o que implica, também por tal razão, na necessidade de reconhecimento da ilegalidade da licitação em referência.

II.9 – DA ILEGAL OMISSÃO NO TOCANTE À INDICAÇÃO DAS POSSÍVEIS FONTES DE RECEITAS ALTERNATIVAS, COMPLEMENTARES OU ACESSÓRIAS, BEM COMO AS PROVENIENTES DE PROJETOS ASSOCIADOS – DA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA OBRIGATÓRIA NO EDITAL

A Lei nº 8.987/95 é expressa e taxativa ao impor em seu art. 18 a exigência de que conste dos instrumentos convocatórios dos certames para a concessão de serviços públicos quais serão as fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias (quando admitidas). Neste sentido:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

Por sua vez, a genérica disciplina estatuída em relação às receitas acessórias se resume ao indicado na cláusula décima quarta da minuta do contrato de concessão, que é omissa. contudo, em indicar quais seriam “as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias”. Veja-se:

CLÁUSULA DÉCIMA – QUARTA – DAS ATIVIDADES ALTERNATIVAS, COMPLEMENTARES, ACESSÓRIAS E PROJETOS ASSOCIADOS: Sem prejuízo das responsabilidades e dos riscos previstos neste Contrato, a Concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento e a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão, bem como a implantação de projetos comerciais associados à concessão, desde que não ultrapassem o prazo da concessão.

Parágrafo Primeiro - As receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados devem ser consideradas para o efeito de revisão da tarifa.

Parágrafo Segundo - Os contratos celebrados entre a Concessionária e terceiros, a que alude o caput desta cláusula reger-se-ão pelas normas do direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre terceiros e o Poder Concedente.

Parágrafo Terceiro - A execução das atividades contratadas pela Concessionária com terceiros pressupõe satisfação dos preceitos prévios e posteriores legais, regulamentares e contratuais da concessão.

No caso, o que fica claro é que a despeito da admissão genérica da utilização de receitas acessórias para fins de composição das receitas a serem auferidas pelas concessionárias, o Município de Petrópolis não estabeleceu qualquer disciplina minimamente concreta quanto a quais seriam as possíveis fontes de receita admitidas ou como se daria a sua fiscalização, controle ou aprovação, em patente desconformidade com o que preconiza o dispositivo legal acima transcrito.

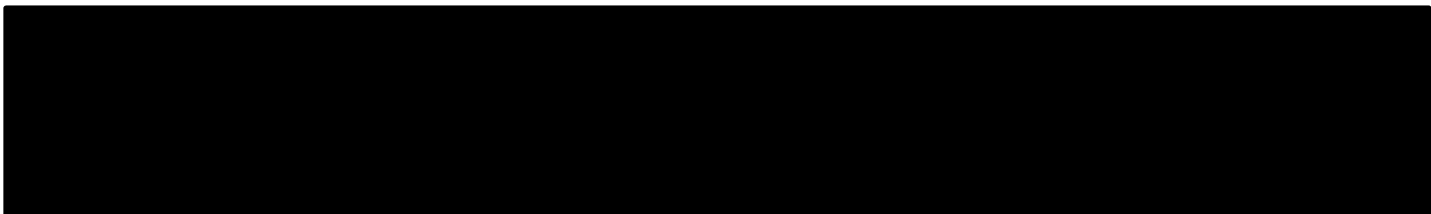
É evidente que os licitantes haverão de estimar em suas propostas comerciais qual o montante das receitas acessórias que auferirão no decorrer da execução do contrato, mesmo porque tais receitas integrarão o valor de sua remuneração.

E como do instrumento convocatório não consta, ao arrepio da Lei, a indicação de quais poderão ser as fontes destas receitas, a consequência é a impossibilidade de os licitantes formularem propostas sérias e precisas.

Desta forma, considerando o flagrante descumprimento do estabelecido no art. 18, inciso VI da Lei nº 8.987/95, bem como a impossibilidade de que com a omissão perpetrada no edital os licitantes formulem suas propostas, de rigor é o acolhimento da presente representação ao instrumento convocatório.

II.10 - ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO IMEDIATA DA FROTA E GARAGEM (APÓS ASSINATURA DO CONTRATO) E ESTABELECIMENTO DE PRAZO EXÍGUO PARA INÍCIO DA OPERAÇÃO

Na hipótese dos autos, foi, de forma dissimulada, expressamente estabelecida exigência de prévia propriedade dos veículos e garagens a todo e qualquer licitante da disputa, implicando a um só tempo em indevida restrição ao universo de



licitantes e em direcionamento do certame para quem, porventura, já possua veículos e garagem no Município.

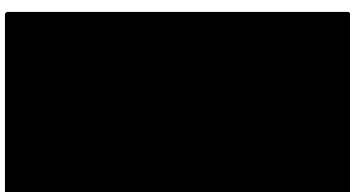
Isto porque, não obstante se tenha estabelecido o exíguo prazo de 60 (sessenta) dias para início da operação (item 14.17 do Anexo I do edital), impôs-se a obrigação de *“assunção de compromisso” por todas as licitantes de que **disporiam, para assinatura do contrato, imóvel disponibilizado para garagem e a frota de veículos.***

No caso, para fins de qualificação técnica foi estabelecida exigência de apresentação pelas licitantes de declaração de disponibilização de veículos e equipamentos (7.1.2.b) e de imóvel (7.1.2.c). Neste sentido:

7.1.2.b) Declaração de disponibilização dos veículos, equipamentos e materiais necessários à prestação do SERVIÇO, nos termos do Projeto Básico deste EDITAL, conforme Modelo no Anexo V;

7.1.2.c) Declaração de disponibilização de imóvel destinado à implantação da garagem para execução do SERVIÇO e execução das obras para as instalações e equipamentos necessários, pelo período de vigência do CONTRATO, observados os requisitos mínimos fixados no Projeto Básico e demais anexos deste EDITAL, conforme Modelo do Anexo IV, devendo ainda o LICITANTE vencedor disponibilizar e adequar o imóvel destinado à garagem às condições técnicas exigidas no Projeto Básico, compatibilizando-o com a necessidade do objeto adjudicado, no máximo em 120 (cento e vinte) dias, contados da assinatura do contrato.

No caso, analisando os **modelos** dos “Termos de Compromisso” disponibilizados como Anexo IV do edital se depreende que o compromisso assumido quanto à disponibilização da frota e disponibilização do imóvel para instalação da garagem se afiguraria exigível “a partir da assinatura do contrato”, o que, por sua vez, na prática acaba implicando em obrigação de que a licitante de antemão já seja detentora de tais ativos. Neste sentido são os modelos dos compromissos em questão:





PREFEITURA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS

ANEXO IV - A

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE VEÍCULOS

M O D E L O

A Licitante signatária declara que, para o início dos serviços objeto da Concorrência nº _____, referente à CONCESSÃO do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS do Município de Petrópolis, a partir da assinatura do Contrato, se compromete a disponibilizar frota nas especificações mínimas dadas no Anexo I do Edital – Projeto Básico.

Por ser verdade, firmamos a presente, nos termos e sob as penas da lei.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS

ANEXO IV- B

DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE GARAGEM

M O D E L O

A Licitante signatária declara que, para o início dos serviços objeto da Concorrência nº _____, referente à CONCESSÃO do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS do Município de Petrópolis, a partir da assinatura do Contrato, se compromete a disponibilizar garagem com instalações e equipamentos, no município de Petrópolis, de acordo com as especificações mínimas dadas no Anexo I do Edital – Projeto Básico.

Por ser verdade, firmamos a presente, nos termos e sob as penas da lei.

Assim, verifica-se por meio da análise dos itens editalícios acima referenciados que o prazo concedido para que a **proponente vencedora adquira, personalize, adeque e disponibilize frota, sistemas e garagem a serem utilizados na operação é absolutamente exíguo**, implicando assim, ao mesmo tempo, em desestímulo à participação de interessados na disputa e em beneficiamento indevido dos atuais operadores ou de empresas que, de antemão, já realizem os investimentos exigidos no edital (quicá mediante o prévio conhecimento de que se sagrarão vencedoras da disputa).

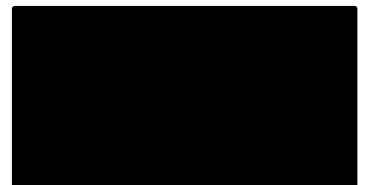
No caso, não há dúvidas quanto à constatação de que a aquisição de veículos, sistemas e instalações adequados e ajustados aos parâmetros exigidos no edital é medida que toma tempo e depende, por exemplo, de negociações comerciais e, no caso de veículos, dos prazos estabelecidos pelas fabricantes e montadoras, sem mencionar inclusive a necessidade de contratação e instalação nestes veículos dos sistemas de bilhetagem e monitoramento a serem utilizados na operação.

Por sua vez, as garagens deverão ser instaladas em locais adequados, após aquisição pela licitante vencedora, e deverão ser dotadas de estruturas que, muitas vezes, demandam inclusive a realização de prévio licenciamento ambiental para sua utilização (instalação de tanques de combustíveis, áreas de manejo de resíduos poluentes, etc).

Assim, afigura-se verdadeiramente impossível que qualquer interessado, salvo no caso de já estar o mesmo previamente preparado, possua condições de, para assinatura do contrato, disponibilizar os veículos ou o imóvel para a garagem.

Em caráter paradigmático, veja-se que o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já há muito adota entendimento no sentido de ser vedada a exigência de prévia propriedade no decorrer da licitação, o que, consoante o demonstrado acima, se trata, na prática, do caso da presente licitação. **Aquela Corte de Contas, aliás, adota posicionamento no sentido de que prazo razoável para início da operação seria de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da celebração do contrato, sendo este o prazo mínimo razoável para aquisição de veículos e instalação da garagem.**

É verdade que a atual prestadora do serviço sempre obterá alguma vantagem em licitações do gênero, principalmente pelos investimentos realizados ao longo dos anos.



Diante disso e sendo indubitoso que à Administração caberá proporcionar ambiente de livre disputa ao contrato, assegurando igualdade de oportunidades e com vista à seleção da melhor proposta, tocará aos editais fixarem regras que possam, no quanto possível, minorar os efeitos da superioridade naturalmente conquistada pela atual concessionária.

Sob tal perspectiva, o prazo para instalação e funcionamento da garagem em apenas 90 (noventa) dias certamente impediria o acesso de outras licitantes.

Ainda que se possa compreender a necessidade de que o referido espaço físico esteja compreendido nos limites geográficos do Município, em função da competência fiscalizatória tipicamente exercida pelo Poder Concedente, favorecendo, inclusive, o atendimento aos usuários do serviço público, entendo que referido prazo tornaria extremamente dificultada ou até inviabilizada a tarefa da licitante vencedora, notadamente pelas características da sede definidas pelo edital, como a pavimentação e cobertura do pátio, além de prédio administrativo com área não inferior a 150m² (anexo III).

Adotando como paradigma a solução determinada por este Tribunal no exame de edital lançado pela Prefeitura de Cotia para conceder serviço análogo (cf. TC-008536/026/08, sessão plenária de 09/04/08, relator eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga), o ato convocatório deverá prever prazo de instalação de garagem não inferior a 180 (cento e oitenta dias), a contar da assinatura dos contratos.¹⁵

E, em caso idêntico ao presente, considerando como exíguo o prazo de 120 (cento e vinte) dias para as providências relativas a instalação de garagem e frota, cabe trazer à colação o entendimento manifestado nos autos do TC 18831/989/16, no qual ficou assentado que:

O prazo de cento e vinte dias para início da operação também demanda modificação - seja por envolver várias nuances (disponibilidade da garagem de 12.000 m², com área administrativa, de manutenção, inspeção, abastecimento, etc.) que favoreceriam os interessados com o espaço já disponível -, seja em face do próprio reconhecimento da sua insuficiência pela Administração, prometendo revê-lo para cento e oitenta dias.¹⁶

O atendimento às exigências impostas, tanto no tocante à garagem quanto em relação à frota e sistemas, são de impossível atendimento no exíguo prazo previsto para tanto, razão esta pela qual, inquestionavelmente, acaba-se por beneficiar diretamente os atuais operadores ou as empresas que já de antemão realizaram investimentos pelo afastamento de potenciais interessados da disputa.

Portanto, não há alternativa que não a invalidação do edital nos termos em que destacados.

¹⁵ TC 44097/026/10, Cons. Rel. Renato Martins Costa, julgado em 09/02/2011

¹⁶ TCE/SP – TC 00018831/989/16-5, Rel. Cons. Substituto Josué Romero, sessão de 10 de maio de 2017.

II.11 - DA DEFASAGEM E INCOMPLETUDE DO ESTUDO DE VIABILIDADE

No anexo I – Projeto Básico, especificamente em seu item 6, há indicação de que a remuneração da futura concessionária se dará por meio da receita tarifária, através da aplicação da planilha tarifária apresentada no anexo IV – Estudo de Viabilidade. Da mesma forma indica-se no mesmo item 6 do anexo I que o reajuste será realizado com a aplicação da planilha tarifária contida no anexo IV.

Contudo, de análise dos anexos editalícios se identifica que o Anexo IV, ao contrário do quanto apontado, contém apenas os termos de compromisso relacionados com a disponibilização de frota, de garagem etc.

Ou seja, há clara confusão dos dados apresentados e inconsistências nas informações que prejudicam o desenvolvimento dos estudos por parte dos licitantes e também a execução contratual após a finalização do certame, uma vez que, reiteradamente, o Anexo I indica a existência de uma planilha em documento que consta termos de compromissos e não a planilha de custos.

Ao longo de todo o Anexo I (por exemplo no item 14.7) há a indicação da existência de integração tarifária, portanto, haverá demanda transportada com gratuidade realizada pela integração.

É certo que o dimensionamento da rede de transporte é realizado considerando toda a demanda transportada, independentemente de ser gratuita ou pagante.

Nesse sentido o conhecimento da demanda total transportada é relevante para que a licitante possa verificar o dimensionamento da rede e identificar se haverá a necessidade de inserção de novos veículos e a realização de maior quantidade de viagens e quilometragem, pois trata-se de elementos de custos e investimentos que podem ser necessários para que a empresa opere com a qualidade exigida.

A falta das informações históricas e completas geram ampla incerteza na elaboração da proposta e impedem que a proposta seja realizada de forma adequada.

No item 32.1 **do anexo I o Município informa que a data-base do estudo de viabilidade é o mês de junho de 2023, ou seja, trata-se de um estudo com defasagem temporal de 9 meses,** sendo, por óbvio, período bastante elástico, onde alterações relevantes no preço dos insumos e tributários ocorreram.

Apenas para que se tenha uma simples constatação dessa situação, segundo a ANP¹⁷ o valor do diesel S10, para grandes distribuidores, no município de Petrópolis era de R\$ 4,478/l em junho de 2023 e de R\$ 5,279/l em fevereiro de 2024 (último dado disponibilizado), portanto, uma variação de 17,89%.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
SUPERINTENDÊNCIA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - SDC

INTERVALO DE TEMPO: MENSAL
PERÍODO: SETEMBRO DE 2020 EM DIANTE
COMBUSTÍVEL: GASOLINA C, ETANOL HIDRATADO, ÓLEO DIESEL, ÓLEO DIESEL S10
TIPO RELATÓRIO: MUNICÍPIO

MÊS	PRODUTO	REGIÃO	ESTADO	MUNICÍPIO	UNIDADE DE MEDIDA	PREÇO MÉDIO DE DISTRIBUIÇÃO	DESVIO PADRÃO
jun/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	4,478	0,309
Jul/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	4,439	0,137
ago/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	4,921	0,414
set/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	5,417	0,104
out/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	5,438	0,174
nov/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	5,505	0,168
dez/23	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	5,271	0,211
jan/24	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	5,255	0,151
fev/24	ÓLEO DIESEL B S10 - COMUM	SUDESTE	RIO DE JANEIRO	PETROPOLIS	RS/l	5,279	0,131

Não é difícil constatar a enorme diferença entre o pseudo estudo de viabilidade e a realidade fática no município.

Isso sem considerar que o estudo de viabilidade apresentado considerou o preço do diesel no valor de R\$ 4,006/l quando a ANP apurou um preço médio para o mesmo mês de junho de 2023, de R\$ 4,476/l, ou seja, uma diferença de "apenas" 10%, demonstrando que o estudo em verdade é uma peça de ficção.

Há ainda que se destacar que em janeiro de 2024 houve alteração tributária em relação à alíquota do INSS da desoneração da folha de pagamentos, passando de 2% para 1%, através da lei

¹⁷ <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/precos-de-distribuicao-de-combustiveis>

No transcorrer do ano de 2023 Congresso Nacional realizou a votação de projeto de lei, convertido na lei Federal nº 14.784/2023, prorrogando a desoneração de diversos setores, incluindo o transporte público, até dezembro de 2027, além de reduzir a alíquota incidente no transporte de 2% para 1%.

Art. 1º Esta Lei prorroga o prazo de vigência referente à contribuição previdenciária sobre a receita bruta e ao acréscimo de alíquota da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior (Cofins-Importação) sobre determinados bens, de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e o caput do § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, e dá outras providências.

Art. 2º Os arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 7º Até 31 de dezembro de 2027, poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

[...]

Art. 5º Até 31 de dezembro de 2027, a alíquota da contribuição sobre a receita bruta será de 1% (um por cento) para as empresas previstas no inciso III do caput do art. 7º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

Sendo o inciso III do art. 7º da Lei 12.546 as empresas de transporte público de passageiros.

III - as empresas de transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal, intermunicipal em região metropolitana, intermunicipal, interestadual e internacional enquadradas nas classes 4921-3 e 4922-1 da CNAE 2.0

Ocorre que, **ao se analisar a planilha tarifária (pág. 70) fica evidente que o estudo utilizou a alíquota de 2% de INSS, estando em desacordo com a legislação vigente, eivando de vícios os resultados e bases para a formação dos preços para a licitação.**

Tal problema de defasagem temporal entre a data do estudo de viabilidade e a publicação do edital é ainda mais agravado quando se observa a determinação da cláusula décima segunda da minuta do contrato de concessão, na qual é definido que "O valor da tarifa da concessão e demais serviços serão reajustados na periodicidade da legislação em vigor, considerando-se como data base deste contrato

à da entrega da Proposta”, portanto, **considerando que as propostas serão entregues no dia 24 de abril de 2024 o primeiro reajuste irá ocorrer em 24 de abril de 2025, ou seja, a operação ocorrerá com defasagem de 22 meses (de junho de 2023 a final de abril de 2025)**, sendo certamente um equívoco conceitual, além de gerar ônus de grande monta para a futura concessionária, trazendo sérios riscos de colapso da operação.

CLÁUSULA DÉCIMA-SEGUNDA - DO REAJUSTE DA TARIFA DE CONCESSÃO: O valor da tarifa da concessão e demais serviços serão reajustados na periodicidade da legislação em vigor, considerando-se como data base deste contrato à da entrega da Proposta.

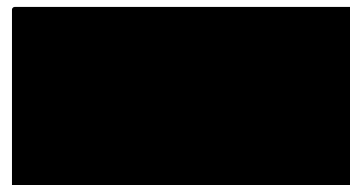
Aprofundando um pouco no **estudo de viabilidade** percebe-se que **o mesmo não representa a concessão ora licitada, pois os dados operacionais utilizados não condizem com os dados operacionais apresentados no item 14.3 do mesmo anexo I**, como se comprova abaixo:

Item	Item 14.3 do anexo I	Estudo de Viabilidade
Km	264.667 (pág. 30)	189.476,95 (pág.61)
Frota operante	42 (pág. 30 e 31)	37 (pág.61)
PMM	6.301,60	5.121,00 (pág.61)
Frota Midi	Não informa	14 (pág. 61)
Frota Convencional	Não informa	27 (pág.62)
Frota total	46 (pág. 31)	41 (pág. 62)
Pass. equiv..	406.394 (pág. 29)	321.415 (pág. 69)
IPKe	1,54 (calculado)	1,6963 (pág. 69)

Não é preciso nenhum esforço ou conhecimento técnico para identificar que os dados da operação são, absolutamente, divergentes dos dados utilizados no estudo de viabilidade, deixando clara a insuficiência e inadequação do estudo de viabilidade apresentado.

Há ainda que se destacar que **o preço dos veículos utilizado é infinitamente inferior à realidade do mercado**. No estudo de viabilidade apresentado foi considerado o preço do veículo de R\$ 515.259,38 (pág. 63), contudo, comparando com outras fontes públicas de informações o preço do veículo novo Euro 6 é de relevantemente superior, como se observa nos dados de outros editais explicitados abaixo.

Dentre os editais analisados tem-se:



- Edital de Concessão do Transporte Coletivo de Campinas/SP – CC nº 11/2022, através do Apêndice 02.1 – Premissas técnicas do projeto (base maio/2023).

Tabela 6 - Investimentos em Veículos com ar-condicionado

Tecnologia	Preço (R\$)
Básico Euro 5 usado	703.255
Básico Euro 6 novo	843.600
Padron Elétrico	2.503.732
Articulado Diesel Euro 5 usado	1.612.916
Articulado Diesel Euro 6 novo	1.934.797
Articulado 23m Diesel Euro 6 novo	2.076.047

Nota: Veículos básicos e articulados Euro 5 usados considerados no início do projeto, porém, toda compra de carro novo deve se enquadrar na categoria de Euro 6. Todo carro Articulado 23m é orçado na modelagem em sua versão Euro 6. Fonte: Elaboração própria - Base: maio de 2023

Valor do veículo novo – Campinas/SP

Os valores dos veículos apresentados em Campinas possuem ar-condicionado, por isso, para base de comparação, será excluído o valor de R\$ 64.800,00¹⁸ dos veículos com ar-condicionado para uniformização da comparação.

- Edital de Concessão do Transporte Coletivo de Peruíbe/SP – CC nº 08/2023, através do Anexo II – Estudo de Viabilidade econômico-financeira matriz de risco (base julho/2023)

2.1.b Cálculo do Valor do Veículo Básico (VEC[básico])

2.1.b.i Valor do veículo novo por classe de veículo (VEC_v)

Classe de veículo	Sem ar-condicionado	
	Sem ar-condicionado	Com ar-condicionado
Microônibus		
Miniãoibus		
Midiônibus		
Ônibus básico	787.693,00	
Ônibus padron		
Ônibus articulado		
Ônibus biarticulado		

Valor do veículo novo – Peruíbe/SP

- Edital de Concessão do Transporte Coletivo de Votorantim/SP – CC nº 06/2023, através do ANEXO III - ESTUDO DE

¹⁸ Valor indicado no Edital da Concessão do Transporte Coletivo de Presidente Prudente/SP – CC nº 07/2022 – anexo IX – Estudo de Viabilidade Econômica

VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA CONCESSÃO
(base agosto/2023)

Quadro 2. PREÇOS UNITÁRIOS	
2.1. Remuneração Média Por Passageiro	15.4520
2.2. Óleo Diesel (litro)	4.830
2.3. ARLA 32 (litro)	1.000
2.4. Pneu	2.500,00
2.5.a. Ônibus Básico Novo Euro 5	768.126,00
2.5.b. Ônibus Básico Novo Euro 6	908.600,00

Valor do veículo novo – Votorantim/SP

Os valores dos veículos apresentados em Votorantim possuem ar-condicionado, por isso, para base de comparação, será excluído o valor de R\$ 64.800,00¹⁹ dos veículos com ar-condicionado para uniformização da comparação.

Diante dos dados obtidos, ao se comparar os valores dos veículos básicos sem ar-condicionado tem-se:

- Campinas: R\$ 778.800,00 (843.600,00 – 64.800,00)
- Peruíbe: R\$ 787.693,00
- Votorantim: R\$ 843.800,00

Para a presente comparação o valor do veículo Básico E6 sem ar-condicionado considerado é de R\$ 803.430,00, representando a média dos valores obtidos nos estudos de Campinas, Peruíbe e Votorantim, demonstrando-se, assim, a defasagem do valor dos veículos contidos no edital de licitação ora combatido e a realidade fática, eivando de vício o estudo analisado.

Na parte final do “pseudo-estudo” de viabilidade apresenta os resultados da composição dos custos, obtendo-se R\$ 9,00/km e R\$ 5,305/pass. equiv.

¹⁹ Valor indicado no Edital da Concessão do Transporte Coletivo de Presidente Prudente/SP – CC nº 07/2022 – anexo IX – Estudo de Viabilidade Econômica

Custo Total c/ tributos	9,000
+ 2% INSS Patronal	0,1800
+ 2% Alíquota ISS	0,1800
= Custo Total	8,9995
/ I.P.K.	1,6963
= Tarifa Média (R\$)	5,305
CT/mês (R\$)	1.705.204,70
Custo/vei/mês	45.086,61

Mas, ao apresentar o item 32 do anexo I o Poder Concedente afirma que a tarifa de remuneração por quilômetro é de R\$ 8,430, com um custo por passageiro transportado de R\$ 2,794.

Nenhum dos dois valores constam no estudo de viabilidade, demonstrando, mais uma vez, a inconsistência e incompatibilidade das informações, eivando de vícios todo o processo licitatório analisado.

Mas, a inconsistência é ainda mais grave, pois os dados contidos nas págs. 29 e 30 indicam uma receita mensal de R\$ 1,788.132 para uma média de passageiros equivalentes de 406.394, resultando na tarifa de R\$ 4,40, ou seja, bastante inferior à tarifa calculada no estudo de viabilidade, trazendo incertezas relevantes sobre o processo de concessão ora analisado.


Desta feita, evidencia-se sob variados ângulos, a verdadeira imprestabilidade dos estudos econômico-financeiros que precederam a presente licitação, inviabilizando a elaboração e apresentação de propostas sérias e firmes.

III. CONCLUSÕES E PEDIDO

Requer-se então, com base em toda a argumentação então destacada, que seja integralmente acolhida a presente impugnação para reconhecimento dos vícios de legalidade indicados, com a consequente invalidação e determinação de posterior retificação do instrumento convocatório.

Termos em que,

p. deferimento.

 12 de abril de 2024.

