



LICITAÇÃO DELCA <sadlicita@gmail.com>

Impugnação. CONCORRÊNCIA PRESENCIAL Nº 01/2024

3 mensagens

19 de abril de 2024 às 15:11

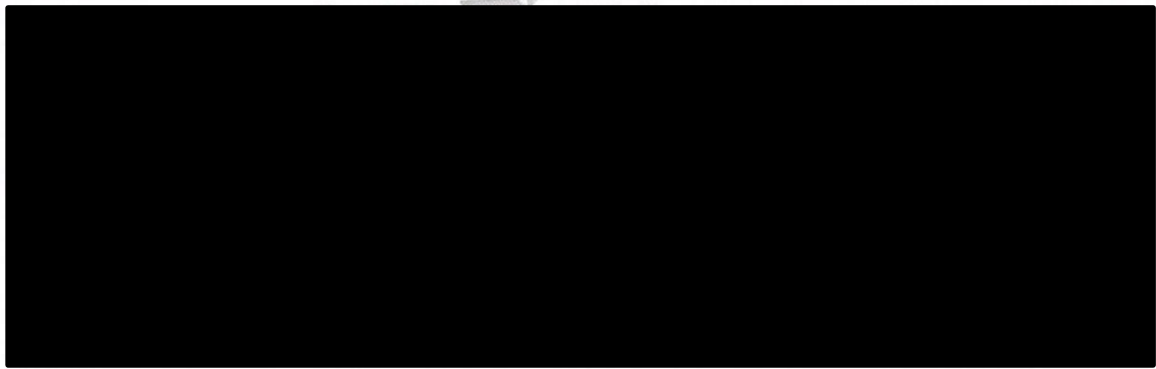


Prezado(a) Diretor do Departamento de Licitações do Município de Petrópolis,

O edital identificado no assunto não traz previsão sobre o prazo e a forma de sua impugnação.

Por isso viemos, por meio deste, confirmar se a impugnação ao edital pode ser protocolada, via e-mail sadlicita@gmail.com , até às 23:59 do dia de hoje.

Atenciosamente,



LICITAÇÃO DELCA <sadlicita@gmail.com>

19 de abril de 2024 às 16:42



Prezada,

Consultei a Comissão Especial de Licitação e fui informado que pode fazer por e-mail tb, contudo o prazo para tal encerrou-se em 17/04/2024.

Att,

EDimilson

[Texto das mensagens anteriores oculto]

Contratante: Município de Petrópolis
Processo Administrativo 18950/2022
Concorrência Presencial nº 01/2024

Prezado (a),

Segue impugnação acerca da licitação em epígrafe, tempestivamente, apresentada.

Salienta-se que, considerando a omissão do edital de regência quanto ao prazo de impugnação ou pedido de esclarecimentos, **deve-se necessariamente seguir o disposto no art. 164 da Lei 14.133/2021.**


Nos termos do art. 164 da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos, diploma este que rege o certame acima identificado, **o prazo para a formulação de impugnações e pedidos de esclarecimento sobre edital de licitação é de até 3 (três) dias úteis.**

Nessa toada, como a abertura do certame ocorrerá no dia **24/04/2024 (quarta-feira)**, a presente impugnação, protocolada no dia **19/04/2024 (sexta-feira)**, é inequivocadamente tempestiva e, portanto, deverá ser apreciada.

Gentileza acusar recebimento.

Atenciosamente,

4 anexos

 20240419. Protocolo. IMPUGNAÇÃO.pdf
2094K

**AO PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA
CONCORRÊNCIA PRESENCIAL Nº 01/2024 – PREFEITURA MUNICIPAL DE
PETRÓPOLIS – RJ**

Referência: Processo Administrativo 18950/2022

**Objeto: Concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros
do Município de Petrópolis/RJ.**

Data da sessão de abertura: 24/04/2024

da procuração anexa, vem com fulcro na Lei Federal nº 14.133/2021, **IMPUGNAR** alguns itens do Edital acima identificado, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Nos termos do art. 164 da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos, diploma este que rege o certame acima identificado, o prazo para a formulação de impugnações e pedidos de esclarecimento sobre edital de licitação é de até 3 (três) dias úteis. Como o edital em voga não apresenta disposição específica sobre o prazo para impugnações e pedidos de esclarecimento, deverá ser seguido o prazo legal.

A abertura do certame ocorrerá no dia 24/04/2024 (quarta-feira), de forma que a presente impugnação, protocolada no dia 19/04/2024 (sexta-feira), é inequivocadamente tempestiva.

II – DA IMPUGNAÇÃO

II. 1 – Da omissão acerca da participação de consórcios

Da mesma forma que fazia a Lei nº 8.666/93, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) admite que pessoas jurídicas se organizem em consórcios para participar de licitações. A rigor, nos termos do art. 6º, IX, do novo diploma, o consórcio será o próprio licitante (*“licitante: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta”*).

Entretanto, o art. 15 da Lei nº 14.133/21 traz significativa alteração acerca do entendimento sobre a participação de consórcios em licitações. Na vigência do regime anterior, vigorava, principalmente no âmbito do Tribunal de Contas da União, o entendimento de que a admissão de consórcios em licitação era uma decisão discricionária da Administração. Essa realidade se transforma radicalmente com a redação do artigo 15 da Lei nº 14.133/21:

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

- I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
 - II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;
 - III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;
 - IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;
 - V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.
- § 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação.

§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.

§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do **caput** deste artigo.

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

§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

Ou seja, pela interpretação conferida ao *caput* do art. 15, a regra que se impõe é de que a participação dos consórcios será sempre permitida nas licitações. A vedação desse tipo de composição para a disputa em um certame passa a depender de motivação razoável e proporcional, devidamente exposta no edital.

Ocorre que, ainda que não se observe vedação expressa à participação de consórcios no Edital da Concorrência nº 01/2024, **tampouco há qualquer referência permissiva ou reguladora da participação desse tipo de composição.**

Como se observa dos dispositivos legais acima transcritos, não somente é permitida a participação do consórcio, como existem previsões que devem obrigatoriamente constar no edital para regular e viabilizar esse tipo de participação (como tal determina o art. 15, IV e §1º). Na medida em que o Edital é omissivo quanto a essas disposições, o efeito prático que se tem é a inviabilização da participação de consórcios e o efetivo cerceamento da competitividade na licitação.

Se o que se busca é de fato a vedação da participação de consórcios, esta deve ser devidamente explicitada, em respeito à transparência e à motivação dos atos administrativos. A mera omissão dos dispositivos, de qualquer ângulo que se analise, fere os dispositivos legais vigentes.

Assim, medida que se impõe é a suspensão do edital até que a irregularidade seja devidamente sanada.

II. 2 - Da ausência ilegal de exigência da capacidade técnica-profissional

A legislação prevê exigências para possibilitar uma investigação preliminar sobre a capacitação técnica da empresa, exigindo a qualificação técnico-operacional e a qualificação técnico-profissional.

O Edital em tela prevê a exigência, apenas, de qualificação técnico-operacional (Item 7.1.2.a), sem exigir documentação que comprove a qualificação técnico-profissional.

Insta dizer que a Lei 14.133/21 assevera a exigência de apresentação de documentação do profissional técnico a ser indicado, a saber:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, **devidamente registrado no conselho profissional competente**, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

[...] III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Compreende-se, portanto, de suma importância a retificação do edital para exigir a comprovação de que a empresa tenha ou declare a contratação de responsável técnico, devidamente registrado no conselho profissional competente, sendo detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins da presente contratação.

Nesse sentido, os enunciados das Súmulas 40 do TCE-MG e 25 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) preveem que a prova de habilitação

profissional é um dos requisitos indispensáveis para que seja considerada legal a contratação pelo Poder Público para prestar serviços especializados.

Sedimentada a baliza, o inciso V do art. 67 da Lei 14.133/2021 também prevê a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, a saber:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

Faça saber que as entidades competentes para o registro profissional dos engenheiros de tráfego e trânsito são o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA e os Conselhos Regionais de engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREAs.

Isso porque a Lei n. 5.194/1966, que regulamenta a profissão e os serviços de engenharia, descreve o exercício da profissão de engenheiro bem como da obrigatoriedade do registro profissional, a saber:

Art. 6º Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo:

- a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços público ou privado reservados aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais;
- b) o profissional que se incumbir de atividades estranhas às atribuições discriminadas em seu registro;
- c) o profissional que emprestar seu nome a pessoas, firmas, organizações ou empresas executoras de obras e serviços sem sua real participação nos trabalhos delas;
- d) o profissional que, suspenso de seu exercício, continue em atividade;
- e) a firma, organização ou sociedade que, na qualidade de pessoa jurídica, exercer atribuições reservadas aos profissionais da engenharia, da arquitetura e da agronomia, com infringência do disposto no parágrafo único do art. 8º desta lei.

Art. 7º As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em:

[...]

- b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, **transportes**, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;

[...]

Art. 55. Os profissionais habilitados na forma estabelecida nesta lei só poderão exercer a profissão após o registro no Conselho Regional, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Observe-se, portanto, que o objeto do edital de concessão do serviço público de transporte coletivo (que, nos termos do edital, compreende a exploração e a prestação do serviço) aborda, necessariamente alguma sessão ligada ao exercício profissional de engenharia, como por exemplo planejamento, programação, operação, manutenção, novas tecnologias, estrutura de custos e planilhas tarifárias.


Pacificado que a atividade de gestão dos transportes envolve, de fato, atividades caracterizadas como “de engenharia”, certamente empresas gestoras de transportes, deverão ter em seus quadros profissionais desse ramo. E esta exigência deve constar no edital, de forma a garantir a prestação segura e eficiente do serviço público ao usuário (motivo-fim do procedimento licitatório).

Nessa conjuntura, a retificação do edital é medida de rigor exigindo a apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, que tenha atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ao objeto ora licitado. Destarte, à luz do princípio da legalidade, a Administração Pública **deve** obedecer ao ordenamento jurídico vigência, sob pena que ofensa a separação dos poderes, pilar fundamental do atual Estado Democrático de Direito.

II.3 – Da ausência de justificativa quanto à licitação presencial

O edital prevê que a licitação será realizada em sessão presencial:

“Para ser admitido à presente Concorrência, na condição de Licitante, deverá o interessado entregar os envelopes “A” e “B” à Comissão Especial de Licitação na sessão pública de abertura dos mesmos que **será realizada às 10:00h (dez horas) do dia 24/04/2024 (vinte e quatro de abril de dois mil e vinte e quatro), na sala de reuniões do Departamento de Licitações**, situada a Rua Teresa, nº 1515, Alto da Serra, Município de Petrópolis – RJ.”



No entanto, como já foi dito, o certame é regido pela Lei Federal nº 14.133/2021, que privilegia o modo eletrônico de contratação, devendo as exceções a esta regra ser devidamente justificada. É essa a disciplina do § 2º do art. 17:

§ 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.

Percebe-se que no Anexo VI – Ato de Justificativa da Outorga, publicado em 26/03/2024, não existe nenhuma justificativa quanto à opção pela realização presencial da licitação, razão pela qual o edital deve ser retificado para prever que a licitação será realizada de forma eletrônica.


II.4 – DA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA QUANTO À ESCOLHA DOS COEFICIENTES E ÍNDICE ECONÔMICO PREVISTO NO EDITAL

A Lei Federal no 14.133/21, expressamente invocada como fundamento de validade do Edital, determina no seu Art. 69, *caput* que a qualificação econômico-financeira será comprovada de forma objetiva, por meio de coeficientes e índices econômicos previstos no Edital, a serem aferidos por meio da documentação descrita nos incisos do dispositivo. *In verbis*:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, **por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório**, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

(...)





Ocorre que o Edital objeto desta impugnação, apesar de prever o critério objetivo para comprovação da qualificação econômico-financeira, não justifica a sua escolha:

7.1.3 - Relativos à Qualificação Econômico-financeira

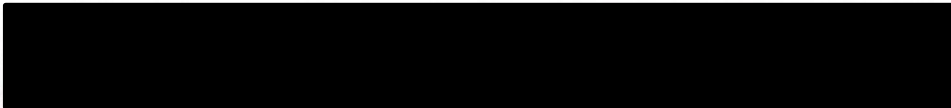
7.1.3.a) Balanço Patrimonial e Demonstração Contábil dos 02 (DOIS) últimos exercício social, já exigíveis na forma da lei, assinado por contador ou técnico em contabilidade e pelo sócio gerente (se o licitante for constituído sob a forma de Sociedade Anônima, deverá estar publicado), com a Comprovação 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;

Assim, também quanto a esse ponto o edital deve ser retificado.

II.5 – DA AUSÊNCIA DE MATRIZ DE RISCO E DOS DEVERES DO PODER CONCEDENTE

O edital não traz matriz de risco, sendo omissivo quanto à alocação do risco da demanda. Ocorre que a Matriz de Risco é instrumento jurídico de mais alta relevância, notadamente em contratos de longo prazo de execução, como é o caso do contrato de concessão para a prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros (no caso em exame a duração do contrato é de 20 anos, com previsão de prorrogação).

A Matriz de Risco evita litígios entre as partes contratantes, na medida em que define previamente os fatos que renderão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como define a parte responsável pelo risco indicado na respectiva Matriz.



A doutrina do Direito Administrativo determina que o risco deva ser alocado àquele que tenha maiores condições de evitá-lo ou suportá-lo. Nesse sentido, determinado risco não pode ser alocado à parte contratual que nada pode fazer para evitar sua ocorrência, sob pena de desequilíbrio da relação contratual já na partida da execução do contrato.

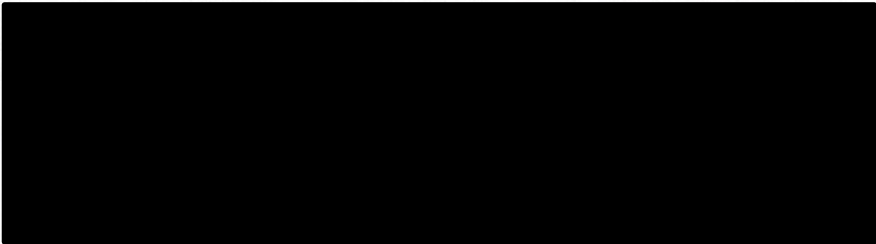
A matriz de risco deve ser objetiva, descrevendo claramente o risco e imputando às partes a respectiva responsabilidade. Nesse sentido, deve-se evitar subjetivismos na classificação do risco e definição do responsável.

No caso em exame a Administração simplesmente não se preocupou com isso, trazendo uma cláusula genérica que atribuiu à futura concessionária a responsabilidade por todos os riscos do contrato. Veja as seguintes cláusulas da minuta de contrato (Anexo III):

CLÁUSULA SEXTA - DA ASSUNÇÃO DE RISCOS: A Concessionária assume em decorrência deste Contrato, integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário resulte do estabelecido no Edital e seus Anexos.

CLÁUSULA DÉCIMA-TERCEIRA - DA REVISÃO DA TARIFA DE CONCESSÃO: Em contrapartida aos riscos da concessão a Concessionária terá direito à revisão do valor da tarifa da concessão nos seguintes casos:

- a) sempre que houver modificação unilateral deste Contrato imposta pelo Poder Concedente, que importe em variação de custos ou de receitas, para mais ou para menos, conforme o caso, de acordo com o Capítulo IV da Lei Federal nº 8.987, de 13/02/95;
- b) sempre que forem criados, alterados ou extintos tributos ou encargos legais ou sobrevierem disposições regulamentares ocorridas após a data de apresentação da Proposta, de comprovada repercussão nos custos da Concessionária, para mais ou para menos conforme o caso;
- c) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos, para mais ou para menos, conforme o caso;




d) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da Administração ou de interferências imprevistas que resultem, comprovadamente, em variações do custo da Concessionária;


e) sempre que houver alteração legislativa de caráter específico que tenha impacto direto sobre as receitas da Concessionária, como por exemplo a que concede isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário, tarifário ou fiscal;

f) sempre que forem constatadas modificações estruturais dos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativo aos principais componentes de custos, não atendidas ou cobertas pelos reajustes tarifários previstos em Contrato, observados os preceitos legais pertinentes.

No mesmo sentido é a "Declaração" do ANEXO V- D – DECLARAÇÃO DE PLENO CONHECIMENTO DOS RISCO (Anexo V). Há duas falhas graves na alocação do risco de demanda que interferem diretamente na capacidade dos licitantes formularem as suas propostas comerciais, são eles: 1º) o risco de demanda está imputado quase que exclusivamente à concessionária; 2º) Inexistência na matriz de risco relativo a erros de projeção de demanda, que obrigatoriamente devem ser efetuados pelo Poder Público; 3º) inexistência na matriz do risco relativo à interferência do Poder Público na execução do contrato, como por exemplo: alteração na política tarifária; alteração de itinerários; alteração de frequência e horários nas linhas; mudança na extensão das linhas.

Há situações de risco com altíssima carga de abstração e subjetividade, tais como, 1) fatos externos que venham alterar de forma expressiva a demanda; 2) perda de capacidade de pagamento do usuário por conta do valor da tarifa ou redução de salário; 3) mudança de hábito, aumento de renda, melhoria de condição de crédito; 4) perda de competitividade do sistema em razão dos meios individuais ou coletivos regulares (serviços metropolitanos), que podem vir a interferir no equilíbrio contratual e nada disso foi considerado no edital.






Como as cláusulas do contrato está, o risco será todo do Setor Privado (concessionário) e, de forma subsidiária, o risco poderá ser compartilhado com o Setor Público, desde que se enquadre em uma das hipóteses da Cláusula Décima Terceira da minuta de contrato.

É fundamental a retificação deste ponto para se evitar futuros problemas na execução contratual, principalmente por estarmos diante de um contrato de longo prazo.

III – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer que essa Comissão Especial de Licitação receba a presente impugnação, visto que tempestiva, e determine que sejam promovidas as retificações apontadas no Edital e em seus anexos, nos termos do item II desta impugnação;

Termos em que pede deferimento.

 19 de abril de 2024.

