



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

Concorrência Pública 05/2017

Objeto: concessão de serviço público de transporte coletivo urbano e rural do Município de Pouso Alegre/MG.

I. RELATÓRIO

Versam os autos sobre impugnação administrativa ao edital de licitação apresentada pela empresa **VIAÇÃO SANTA LÚCIA LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 29.644.192/0001-50, com sede à Rua Manoel Laxe Gouveia, 335, Itaperuna/RJ, CEP nº 28.300-000, neste ato representada por **CANAVARRO GONTIJO NETO**, solteiro, empresário, inscrito no CPF sob o nº 017.622.197-27, residente e domiciliado à Rua Lenira Tinoco Calheiros, 62, Centro, Itaperuna/RJ, CEP nº 28.300-000.

A empresa impugnante contesta especificamente os Subitens a seguir detalhados, já manifestando seus pedidos:

A) DO CARÁTER DE EXCLUSIVIDADE

Alega a Impugnante:

1. *“O item 1 do Edital assevera que “Os serviços objeto da presente licitação configuram um único lote”. Assim, o serviço de transporte coletivo de Pouso Alegre será prestado por apenas uma Concessionária, caracterizando exclusividade na exploração do serviço público.*

2. *O art. 16 da Lei nº 8.987/95 preleciona, como regra, a existência de competição entre Concessionárias, na prestação de um mesmo serviço público, sendo que a exclusividade somente é possível “no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.*



3. *Muito embora a exceção prevista no art. 16 da Lei nº 8.987/95 possa ser o caso da presente licitação, isto não está explicado ou devidamente fundamentado no Edital. A ausência de motivação pode levar a ulterior nulidade do processo e mesmo à condenações do Poder Concedente e da Concessionária pelos Tribunais de Contas e pelo Judiciário.*
4. *O TCU, no caso de exploração de rodovias federais, optou por consolidar sua jurisprudência e editar Instrução Normativa sobre a fiscalização de Concessões. A IN nº 46/04 expressamente prevê, em seu art. 3º, I, 'a' a obrigatoriedade de **“ato justificativo quanto à conveniência da outorga da concessão, em que esteja caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como informação quanto ao caráter de exclusividade da concessão, como estabelece o art. 5º c/c o art. 16 da Lei n.º 8.987, de 1995”.***
5. *Noutro giro, caso não exista justificativa para a exclusividade deve o Edital ser reformulado e dividido em lotes, de forma permitir que mais de uma empresa seja Concessionária do serviço ora licitado e se opere, assim, o regime canônico de competição entre Concessionárias.*
6. *Por estas razões, e com vistas a cumprir com o disposto no art. 16 da Lei nº 8.987/95, requer-se a revisão do Edital para que conste justificativa da exclusividade na Concessão.*

B) DAS RECEITAS ALTERNATIVAS

Alega a Impugnante:

7. *“O Edital propriamente elenca fontes alternativas de receita em seu item 5.3, conforme ditado pelo art. 18, IV da Lei nº 8.987/95, que assim dispõe: “São consideradas como outras fontes de receita (art. 18, VI, da Lei Federal n.º 8.987/1995), dentre outras: receitas oriundas da comercialização de espaços publicitários em mídia, eletrônica ou não, em ônibus, cartões, equipamentos de vendas, abrigos e demais instalações sob*



responsabilidade do concessionário; outras receitas estabelecidas através de legislação própria”.

8. *O item seguinte do Edital, 5.4, afirma que as receitas com publicidade serão consideradas para fins de reajuste do valor da tarifa e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

9. *Ocorre que os contratos publicitários em geral não são anuais, de modo que a receita desta fonte obtida pela Concessionária varia em períodos irregulares. A revisão da tarifa, lado outro, é anual conforme item 6.1 do Edital. Assim é que receita publicitária existente no momento da revisão da tarifa pode deixar de existir no mês seguinte, causando desequilíbrio econômico-financeiro que atraia manejo contínuo de termos aditivos fundados no item 6.2 do Edital. O contrário também pode ocorrer, i.e., a inexistência de receita publicitária quando da revisão da tarifa e posterior celebração de contrato de publicidade.*

10. *Desta forma, a revisão anual das tarifas é incompatível com o equilíbrio econômico-financeiro esperado a partir das receitas alternativas, pelo que requer-se a revisão do Edital de modo a considerar períodos mais curtos de revisão da tarifa que levem em conta as práticas do mercado.”*

C) DO SUBSÍDIO

Alega a Impugnante:

11- *O item 5.10 define que “A Concessionária concordará em transportar gratuitamente pessoas carentes portadoras de deficiência física ou necessidades especiais e seu acompanhante, desde que cumpridas as condições nos termos da legislação aplicável. A remuneração deste serviço ao concessionário se dará através de subsídio definido na legislação, estimado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil Reais), conforme previsão contida no Anexo VII”.*



11. *Ocorre que tanto o item 5.10 quanto o Anexo VII (item 3.5), em que pese prevejam o valor de subsídio de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para suprir custos com o transporte de passageiros isentos de pagamento de tarifa, **i)** não fundamentam ou justificam o valor dado ao subsídio e **ii)** não estipulam formas de reajuste ou readequação deste valor durante o prazo de vigência do contrato.*

12. *Não se discute que idosos e portadores de necessidades especiais têm isenção tarifária, mas que o transporte dos beneficiários é custo variável do objeto da licitação e, como tal, deve ser objeto de exame e justificativa. O valor do subsídio para esta parcela da população deve ser **calculado e não arbitrado** como o fez o Edital ora impugnado.*

13. *Com efeito, o art. 7, §2º, II da Lei nº 8.666/93 exige orçamento detalhado na composição de **todos** os custos unitários. A porcentagem da população de Pouso Alegre que é beneficiária da isenção tarifária é um dado objetivo de posse do Executivo local, bem como as estimativas de quantos beneficiários fazem uso do transporte coletivo municipal. Esses dados devem ser disponibilizados e utilizados para o cálculo dos custos incorridos pela Concessionária com essa parcela da população.*

14. *De posse dos custos o valor do subsídio não é arbitrado e sim calculado como o produto entre a quantidade, ainda que estimada, dos beneficiários que utilizam o transporte coletivo e o valor corrente da tarifa.*

$$\text{Sub} = \text{QtdeBen} \times \text{TC} \quad (1)$$

15. *Na equação (1) Sub é o valor do Subsídio, que foi arbitrado em R\$ 40.000,00, QtdeBen é a quantidade de beneficiários que utilizam o transporte público mensalmente e TC a tarifa corrente no mês. Com isso tem-se não apenas a publicidade e justificativa do valor do subsídio como o pressuposto para reajuste e readequação dos valores.*



16. *O art. 8º da Lei nº 8.666/93 expressamente assevera que a execução de serviços deve prever e considerar os custos atual e final da execução. É dizer, quando se trata de custo variável deve existir previsão que contemple tratamento adequado o que, no caso concreto, implica estipulação de formas de reajustes do valor do subsídio, para mais ou para menos.*

17. *É notório que a população do Município de Pouso Alegre não é estática ao longo do tempo. Especialmente considerando um prazo contratual de 10 (dez) anos é de se esperar variação não apenas na população, mas na quantidade de beneficiários de isenção tarifária utilizando o transporte coletivo. O próprio edital prevê a possibilidade de expansões urbanas e novos empreendimentos imobiliários em seu item 2.1-b.*

18. *Por essas razões é necessário existir mecanismo de reajuste do valor do subsídio que acompanhe as mudanças populacionais e setoriais do Município.*

19. *Assim, com lastro nos arts. 7, §2º, II e 8º da Lei nº 8.666/93 requer-se a revisão do Edital ora impugnado para que afaste o valor fixo e arbitrado do subsídio e faça constar os dados e equações necessárias ao adequado cálculo do valor mensal do subsídio, bem como que se crie mecanismo para readequação do valor que acompanhe as mudanças populacionais e setoriais de Pouso Alegre.*

D) DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CONCESSÃO

Alega a Impugnante:

20. *“O item 7.1 do Edital estabelece que o “prazo da concessão será de dez (10) anos, podendo ser prorrogado por igual e sucessivo período, desde que cumpridas ao longo da delegação as condições fixadas no contrato e comprovada neste período a prestação de serviços adequados nos termos da legislação e dos regulamentos aplicáveis, bem como nas*



avaliações de desempenho estabelecidas no Anexo IX deste Edital, sendo necessária a comprovação da vantajosidade da manutenção do contrato”. A leitura deste dispositivo permite inferir que a prorrogação do contrato condiciona-se à observância dos seguintes critérios: **i)** cumprimento das condições do contrato, **ii)** comprovação de serviços adequados, **iii)** cumprimento das metas nas avaliações de desempenho e **iv)** comprovação de vantajosidade da manutenção do contrato.

21. Muito embora o Edital regularmente preveja a possibilidade de prorrogação verifica-se **i)** que os critérios para tanto não restam suficientemente delineados e **ii)** há clara contradição entre o item 7.1 do Edital e o item 6.1.3 do Anexo IX ao Edital.

22. O art. 23, XII da Lei 8.987/95 assevera que o Edital deve prever possibilidade de prorrogação do contrato e indicar as condições e requerimentos para tanto. Mister salientar que a regra geral para a contratação de terceiros pela Administração Pública para concessão de serviços públicos é o procedimento licitatório. Assim, somente em situações **devidamente motivadas** pela Administração Pública, onde se demonstre a vantajosidade da manutenção do contrato, é que poderá ser prorrogado o prazo de duração do contrato, sempre por igual e sucessivo período, nos termos do art. 57, II da Lei nº 8.666/93.

23. No que tange à vantajosidade da prorrogação do contrato, esta deve ser objetivamente fundamentada, vez que “a simples prorrogação de prazo do contrato mediante aditivo **teria que ter outros parâmetros que mostrassem de forma clara** que as exigências do inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993 estavam sendo atendidas em razão de fatores, como por exemplo, os descontos do mercado naquele momento” (Acórdão 3.302/2014 – Plenário – TCU). No mesmo sentido sentido:

“Por ser medida de exceção, o prolongamento da vigência do contrato administrativo para além do prazo ajustado inicialmente, em detrimento de nova licitação, **somente é possível em circunstâncias específicas (...)** bem assim demonstração de que é a solução que assegura maiores benefícios à sociedade, sob o ponto de vista do interesse público (...)” (Acórdão nº 738/2017 – Plenário – TCU – Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)



24. De fato, segundo sólida jurisprudência do TCU deve-se demonstrar a “vantajosidade dos preços dos serviços pactuados, em comparação com os de mercado à época da renovação, realizando, para tanto, ampla pesquisa baseada em cesta de preços aceitáveis, seguindo a jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 2637/2015-TCU-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas” (Acórdão 376/2018 – Plenário – TCU – Relatora ANA ARRAES, julgamento: 28.02.2018). No mesmo sentido:

“[D]esenvolva estudos para incluir, na sistemática de decisão da vantajosidade da prorrogação de contratos de serviços continuados como conservação e manutenção rodoviária, comparações entre o percentual de desconto embutido nos preços contratados e os descontos médios que estão sendo efetivamente praticados pelo mercado no momento da renovação do ajuste, de tal forma que a análise dessa vantajosidade não se restrinja apenas a verificações de compatibilidade entre os custos unitários pactuados e os previstos no Sicro”. (Acórdão nº 3.302/2014 – TCU - Plenário).

25. Ao comparar o entendimento do TCU com o estabelecido no item 7.1 do Edital verifica-se que o conceito de vantajosidade não foi definido pelo Edital e todos os critérios devem ser objetivos por força do disposto no art. 14 da Lei nº 8.987/95. Ademais, numa licitação do tipo técnica e preço não há como se ter cumprimento das condições do contrato (critério ‘i’ de prorrogação) sem comprovação de serviços adequados (critério ‘ii’ de prorrogação), de modo que é contraditória a autonomia entre estes dois critérios.

26. Por fim, quanto ao cumprimento das metas nas avaliações de desempenho, há contradição entre o item 7.1 do Edital, acima transcrito, e o item 6.1.3 do Anexo IX, que refere-se às avaliações de desempenho e assim dispõe: “Até o décimo ano, deverá ter uma evolução nas avaliações dos “Usuários” - “Operador” e a partir do décimo primeiro ano até o final do contrato, deverá ocorrer uma regularidade, ficando na avaliação “Muito bom” ou superior” (negritou-se). Ora, a leitura deste dispositivo parece indicar a existência de prorrogação automática da Concessão haja vista, de partida, meta de desempenho “a partir do décimo primeiro ano até o final do contrato”.



27. *Frise-se que a exigência de cumprimento de desempenho em nível “Muito Bom” ou superior para prorrogação do contrato deve ser considerado na análise da vantajosidade da prorrogação, vez que atende a interesse público. Isso porque a prorrogação condiciona-se a um serviço de nível “Muito Bom” ou superior ao passo que nova licitação, a teor do que ocorre na presente, pressupõe nível de serviço apenas “Bom”.*

28. *Desse modo, requer-se a revisão do Edital e reelaboração dos critérios de prorrogação contratual, adequando-os ao art. 14 da Lei nº 8.987/95, à jurisprudência do TCU e à coerência lógico-textual, bem como se considere a qualidade do serviço prestado na análise da vantajosidade da prorrogação quando do término do prazo contratual de dez anos.”*

E) DAS GARANTIAS EXIGIDAS

Alega a Impugnante:

29. *O item 13.8 do Edital estabelece as condições de habilitação relativas a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Em especial, o item 13.8, ‘c’ exige que os licitantes comprovem um capital mínimo ou patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita até a data de apresentação da proposta, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.*

30. *Tendo em vista que o valor do contrato foi estipulado em R\$ 161.305.249,16 (cento e sessenta e um milhões, trezentos e cinco mil, duzentos e quarenta e nove Reais e dezesseis centavos), o valor da exigência de Patrimônio Líquido ou Capital mínimo é de R\$ 16.130.524,91 (dezesseis milhões, cento e trinta mil, quinhentos e vinte e quatro reais e noventa e um centavos).*

31. *Em que pese a exigência do percentual de 10% do valor do contrato esteja dentro do limite legal previsto no §3º do art. 31 da Lei 8.666/93, a estipulação do percentual deve*



sempre se pautar pela realidade do mercado no qual se insere o objeto da Concessão e levar em conta os princípios da razoabilidade e competitividade, que são norteadores de todos os atos administrativos, especialmente para fins de licitações.

32. *Ademais, “os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício das atividades administrativas”¹.*

33. *A exigência de garantia de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo no percentual de 10% sobre o valor do contrato se mostra totalmente desarrazoada e fora dos padrões atuais de mercado para as empresas que operam com o serviço de transporte público.*

34. *Na atual situação econômica brasileira, com o cenário de forte crise político-financeira, são **pouquíssimas as empresas** do ramo de transportes cujo capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo sejam maiores ou iguais aos mais de dezesseis milhões de reais exigidos pelo Edital, implicando injustificada restrição da competitividade.*

35. *Não é por menos que as jurisprudências dos Tribunais de Contas de todo o país rechaçam qualquer forma de restrição do caráter competitivo das licitações ou mesmo as violações aos princípios da razoabilidade e competitividade, conforme se observa nos julgados abaixo:*

*“com relação à adoção de cláusulas para qualificação financeira, **observar os dispositivos legais e jurisprudenciais relativos à adoção de índices** contábeis de Liquidez Geral (LG) , Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC) em combinação com percentuais de Capital Circulante Líquido (CCL) , Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) ou Patrimônio Líquido, **de forma a não restringir indevidamente a competitividade e manter compatibilidade com os princípios da razoabilidade e da competitividade, a teor do art. 37,***

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 20.

V



inciso XXI, da Constituição Federal; art. 5º do Decreto 5.450/2005, arts. 3º, § 1º, inciso I, e 31, § 5º, da Lei 8.666/1993 e Acórdãos 170/2007-TCU-Plenário, 291/2007-TCU-Plenário e 2.495/2010-TCU-Plenário” (Acórdão 1.678/2015 – TCU - Plenário).

“A inclusão, no item 10.3.3.1.1 do instrumento convocatório, de cláusulas para qualificação econômico financeira que podem prejudicar a efetiva competitividade do certame, sem a devida fundamentação em estudo que demonstre sua necessidade e adequação com relação ao objeto licitado, em afronta ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ao art. 5º do Decreto 5.450/2005, e aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 31, § 5º, da Lei 8.666/1993, bem como aos entendimentos consignados nos acórdãos 170/2007-TCU-Plenário, 291/2007-TCU-Plenário e 2.495/2010-TCU-Plenário” (Acórdão 1.712/2015 – TCU - Plenário).

36. Não se olvide que, nos termos do art. 31, §1 da Lei nº 8.666/93, o objetivo da comprovação econômico-financeira é garantir a continuidade da prestação do serviço público (cumprimento dos compromissos contratuais da Concessionária) mesmo ante inadimplência da contraprestação pecuniária por parte da Administração. A título de exemplo, sabe-se que enseja rescisão contratual por parte da Concessionária, nos termos do art. 78, XV da Lei nº 8.666/93, atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração. Considerando pagamentos mensais (trinta dias), a Concessionária estará autorizada a solicitar rescisão do contrato decorridos 120 (cento e vinte) dias da data do pagamento. É dizer, a comprovação de patrimônio líquido deve permitir concluir que a Concessionária possui lastro econômico-financeiro para garantir a execução do contrato por cento e vinte dias independentemente de contraprestação.

37. Se considerarmos a tabela do Anexo VIII do Edital, valor estimado do contrato, temos que o valor nominal do serviço para o período de 120 (cento e vinte) dias é de R\$ 7.111.885,60 (sete milhões cento e onze mil oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta centavos). Significa dizer que este valor, que corresponde a 44% do valor exigido no Edital, é suficiente para garantir a continuidade do serviço público.



38. *Por fim, deve-se considerar que o presente Edital, em lote único e já sob o regime de exceção à regra de competição entre Concessionárias, eleva sobremaneira a estimativa do valor total do Contrato, o que implica elevação do valor necessário como comprovação de capital social ou patrimônio líquido. É certo que o regime de exclusividade na prestação do serviço não pode ser manejado como forma de restringir a competição por meio dos requisitos de habilitação econômico-financeira. Nesse sentido já se manifestou o TCU:*

65. Em relação à comprovação de patrimônio líquido equivalente a 10% do valor total do contrato, de fato, a opção de concentrar em uma só licitação a seleção de empresa para prestar os serviços ao MinC e suas vinculadas elevou a estimativa do montante da contratação. Se por um lado o procedimento visou economia de escala na obtenção de menores preços, por outro teve o potencial de direcionar o certame para empresas de maior porte, sem que haja, no caso de registro de preços, a certeza quanto à firmatura de contratos com todas as entidades vinculadas ao Ministério.

*66. (...) caberá ao Ministério **justificar o percentual utilizado, de maneira a garantir a ampla competição no certame.** (Acórdão 668/2005 – TCU - Plenário).*

39. *Há, ainda, contradição entre o item 13.8, 'c' e o item 13.8.1 do Edital. Enquanto o primeiro afirma que todas as empresas deverão demonstrar possuir capital social ou patrimônio líquido não inferior a 10% do valor do contrato, o segundo estabelece uma relação de subsidiariedade entre o critério dos índices e o critério do capital social ou patrimônio líquido. Pelo item 13.8.1 apenas as empresas que apresentarem resultados iguais ou menores que os índices exigidos é que deverão comprovar capital social ou patrimônio líquido não inferior a 10% do valor do contrato.*

40. *Desse modo, o valor exigido como capital social ou patrimônio líquido deve ser **revisto e devidamente justificado**, sob pena de grande restrição da competitividade e violação do princípio da razoabilidade, bem como deve ser sanada a obscuridade que paira entre os itens 13.8, 'c' e o item 13.8.1 do Edital.*



F) DA EXIGÊNCIA PRÉVIA DE VEÍCULOS

Alega a Impugnante:

41. *“O Edital, ao definir a composição da proposta técnica, define em seu item 14.5-a que “a apresentação de proposta de investimento em frota (Anexo V.a) com obediência às especificações técnicas estabelecidas no projeto básico, com a declaração de relação explícita dos veículos a serem utilizados na prestação do serviço, objeto do presente Edital, indicando a quantidade, descrição e ano de fabricação, com declaração ao final, assinada, de que os veículos estarão disponíveis para vistoria dentro do prazo estabelecido o cronograma de implantação dos serviços (até 180 dias após a assinatura do contrato), sendo estes essenciais para o cumprimento do objeto da licitação”.*

42. *Observa-se da redação do referido item que os licitantes devem apresentar uma declaração explícita dos veículos a serem utilizados na prestação do serviço. Ao fazer tal exigência o Edital está, de forma indireta, **exigindo a propriedade prévia destes veículos**, pois não há como se fornecer uma declaração explícita, contendo todos os dados inerentes aos veículos (marca, modelo, chassi), sem que já se tenha a propriedade prévia dos mesmos.*

43. *Tal conduta é, data venia, irregular, eis que novamente cerceia o caráter competitivo do certame posto que apenas poderão apresentar propostas aquelas empresas que já possuem a frota pronta ou que adquirirem novos veículos somente para participar do certame, assumindo todos os riscos caso não sejam a vencedora.*

44. *O art. 30, §6º da Lei nº 8.666/93 **veda esse tipo de exigência:***

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração



formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

45. *Dessa mesma forma entendem os tribunais de contas, conforme se pode observar em excerto de julgado do TCU:*

“Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trazidos aos autos pela própria CGL/AM, devem ser medidos diante do caso concreto, quando a norma legal deixar espaço livre para a conveniência e oportunidade do Administrador.

Segundo o §6º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 as exigências mínimas relativas a máquinas e equipamentos serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia. Ou seja, não há espaço para que o Administrador, discricionariamente, com base na razoabilidade e na proporcionalidade exija outros requisitos que não os previstos em lei, quem dirá exigências vedadas por lei, como é o caso da declaração de propriedade dos equipamentos.

O citado parágrafo da lei exige a mera declaração formal de sua disponibilidade, sob as penas cabíveis. De forma diversa, o presente edital coloca como requisito a comprovação prévia da disponibilidade, mediante apresentação de notas fiscais de propriedade, contrato de locação, termo de compromisso de compra e venda ou termo de compromisso de locação” (Acórdão 1.564/2009 – PLENÁRIO – RELATOR – ANDRÉ DE CARVALHO).

46. *Dessa forma, a exigência de declaração explícita dos veículos que serão utilizados na prestação do serviço se demonstra como verdadeira exigência de propriedade prévia dos mesmos. Esta exigência, conforme asseverado, é ilegal e deve ser removida do Edital.”*

G) DOS COEFICIENTES PARA PROPOSTA DE PREÇO

Alega a Impugnante:



47. O Edital estabelece quais serão os critérios para a elaboração da proposta de preço, indicando, dentre outros, quais os valores máximos dos coeficientes para cada um dos pontos do item 15.3, os quais compõem os critérios de avaliação do desconto sobre o valor da tarifa.

48. Por sua vez, o item 15.6-d estabelece que serão desclassificadas as propostas “que apresentarem ofertas de pagamento manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação. Consideram-se manifestamente inexequíveis os preços que não tenham demonstrado a sua viabilidade através de documentos que comprovem a compatibilidade com a execução do objeto”.

49. Conforme se pode observar, o critério de avaliação da proposta comercial dos licitantes é na forma de coeficientes que resultarão em desconto sobre o preço da tarifa ao passo que a desclassificação de propostas rege-se pelo critério de preços de propostas que não tenham demonstrado a sua viabilidade por meio de documentos comprobatórios.

50. Há, portanto, uma incongruência entre os critérios de julgamento da proposta comercial e os critérios para a desclassificação de propostas, já que somente preços inexequíveis serão desclassificatórios, permitindo-se que coeficientes sejam apresentados com qualquer valor de desconto, desde que não ultrapassem o valor máximo estipulado. A correlação entre os critérios não está clara ou estabelecida.

51. Referida ausência de cotejo e paralelismo entre os critérios permite, em verdade, que licitantes venham a apresentar coeficientes em valores irrisórios para alguns pontos, em especial para aqueles que possuem maior peso, aumentando-se, assim, o valor final de sua pontuação, sem que o mesmo seja desclassificado.

52. O julgamento por critérios objetivos, art. 14 da Lei nº 8.987/95, requer objetividade também nos critérios de desclassificação de propostas. No caso não há regra que impeça



licitantes de indicarem coeficientes abaixo de seus preços, dissociando a matriz de custos da proposta comercial. Significa que um licitante pode apresentar memorial de preços viáveis, sendo devidamente classificado, e, ao mesmo tempo, apresentar coeficientes que não guardam relação com seu memorial de cálculos, elevando artificialmente sua pontuação na proposta comercial.

53. *Para que a proposta comercial seja efetivamente viável e o Poder Concedente possa avaliar a existência de propostas manifestamente exequíveis deve existir relação direta e cotejo direto entre os coeficientes de desconto e os preços, sob pena de vitória não do licitante mais eficiente, mas daquele que melhor maneja artificialmente a relação preço-coeficientes de desconto.*

54. *Portanto, tal item do Edital deve ser modificado afim de garantir que os licitantes que apresentarem valores de coeficientes para um ou mais pontos do item 15.3 sejam desclassificados pelo item 15.6-d do Edital segundo os mesmos critérios.*

H) DOS BENS REVERSÍVEIS

Alega a Impugnante:

55. *O item 26 do Edital refere-se aos bens reversíveis, isto é, aqueles cedidos pela Administração à Concessionária para a consecução do serviço público e que serão devolvidos ao Poder Concedente findo o prazo de Concessão. O art. 18, X e XI da Lei nº 8.987/95 estabelecem que o Edital deve indicar todos os bens reversíveis e conter descrição das condições em que serão entregues à Concessionária. O Edital não cumpre com esses requisitos.*

56. *A concessão do serviço de transportes envolve Garagens, paradas de ônibus, sistemas de cartão e passe, terminais rodoviários, entre outros bens móveis e imóveis inerentes ao*



transporte coletivo urbano. É cediço que o Município de Pouso Alegre já conta com diversos destes bens.

57. *Muito embora o Edital preveja investimento da Concessionária em construir e desenvolver os bens relacionados ao transporte público, isso não significa que a Administração está isenta de indicar e descrever as condições dos já existentes.*

58. *Os itens 26.1 e 26.2 do Edital limitam-se a assentar a reversibilidade dos bens, mas não há indicação expressa de quais bens sejam esses ou das condições em que se encontram. Por esta razão, o edital deve ser reformulado para conter detalhadamente a informação sobre todos os bens reversíveis hoje afetos ao transporte coletivo de Pouso Alegre.*

I) DO INADVERTIDO DIRECIONAMENTO DO CERTAME

Alega a Impugnante:

59. *A modelagem de licitações do tipo técnica e preço é desafiadora visto que o Poder Concedente pode inadvertidamente incorrer em direcionamento do certame. O Anexo VI do Edital ora impugnado contém os critérios objetivos de pontuação para a avaliação da proposta técnica, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.987/95.*

60. *A pontuação total da proposta técnica é dividida em quatro subseções: Pontuação da Frota (PFRO), Pontuação por Serviço de Atendimento ao Usuário (PSAU), Pontuação por Itens de Conforto (PIC) e Pontuação por Inovação Tecnológica da Frota (PIT). A proposta técnica tem um valor total de 10.000 (dez mil) pontos.*

61. *O PSAU tem um total de 2.500 (dois mil e quinhentos) pontos distribuídos em 5 (cinco) itens. Ocorre que apenas um destes itens, “disponibilidade de Aplicativo para celular/smartphone”, responde por 1.500 pontos, i.e., 60% do valor total da subseção. Em pesquisa ao mercado é possível observar que apenas um número bastante restrito de*



empresas dispõe da tecnologia de Aplicativo para celular, de modo que apenas pouquíssimas empresas se beneficiariam de 60% do valor total desta subseção.

62. *A situação se agrava ao considerar o item 'c' do Anexo VI que assevera que serão desclassificadas empresas que não obtiverem ao menos 7.000/10.000 pontos na proposta técnica. Assim, a grande maioria dos potenciais licitantes, dado o prejuízo de 1.500 pontos do Aplicativo para celular, já partem de situação em que já perderam metade do máximo de pontos que podem perder para não serem desclassificados.*

63. *Em situações como esta a fundamentalidade do item deve ser justificada. Se o item que tem tamanho peso na pontuação for essencial à prestação do serviço público em questão, então a medida é justificável. Caso contrário deve existir redistribuição da pontuação. Neste sentido o TCU:*

*“na **modelagem das licitações do tipo técnica e preço**, devem ser analisadas, conjuntamente, a ponderação atribuída a esses quesitos e os critérios e gradações de pontuação técnica, e serem realizadas simulações e avaliações de possibilidades de resultados, considerando as características do mercado que oferta o objeto pretendido, de forma a minimizar o risco de serem produzidas, inadvertidamente, contratações antieconômicas, restrição injustificada à competitividade e favorecimento indevido” (Acórdão 607/2017, TCU - Plenário, Representação, Rel. Ministro-Substituto Weder de Oliveira – grifou-se).*

64. *Assim, para que se justifique a inadvertida restrição de competitividade e favorecimento de poucas empresas, estudo e simulação de mercado deveria ter sido realizado. Em não havendo justificativa plausível, a pontuação da subseção PSAU deve ser redistribuída entre todos os itens.*

65. *Com efeito, a imprescindibilidade da posse deste item, Aplicativo para celular/smartphone, é indiretamente reconhecida pelo próprio Edital. O Anexo IX contém as diretrizes para o programa de avaliação da qualidade dos serviços e é dividido em três categorias: Usuários, Gestores e Operadores.*



66. *O Organograma 1 presente no referido Anexo IX elenca os critérios de avaliação que serão submetidos ao Usuário e comporão a nota final de desempenho da Concessionária, inclusive para fins de cumprimento com as normas contratuais e prorrogação da Concessão (item 6.1 e ss. do Anexo IX). Neste Organograma a terceira “dimensão da qualidade” que será avaliada pelo usuário é “Aplicativo”.*

67. *Vale dizer que o peso dado ao item ora impugnado é tamanho que o próprio Edital, ainda que de maneira indireta, já reconhece que o vencedor final do certame será empresa que dispõe da tecnologia do Aplicativo, o que não condiz com a imparcialidade e competitividade que se espera de uma licitação.*

68. *O PIT, a seu turno, tem um total de 2.000 pontos assim distribuídos em três itens: **i)** câmeras internas: 500 pontos; **ii)** wi-fi: 900 pontos; e **iii)** tomadas para carregamento de celular: 600 pontos.*

69. *É de se esperar, considerando aspectos econômicos e de retorno de investimento, que itens mais caros e de maior valor agregado tenham maiores pontuações. Todavia, isso não se observa no caso concreto. O custo para instalação de câmeras internas, considerando o custo unitário da câmera, manutenção, sistema fechado de vídeo, servidores de armazenagem das gravações, entre outros, é superior ao custo de instalação de tomadas, que tem pouca ou nenhuma manutenção e cujo consumo de energia elétrica é refletido e inserido no gasto de combustível.*

70. *Vale ressaltar que o gasto de combustível é variável autônoma e separada das demais visto que impacta diretamente o preço das tarifas, sendo, inclusive, alvo direto do reajuste anual de preços, conforme item 6.1 do Edital. Assim, o custo de manutenção do item “tomadas” é embutido no valor do combustível e reflete no reajuste de tarifas, não podendo ser considerado, portanto, como fins de diferencial da empresa licitante.*



71. *Injustificado, portanto, o valor superior atribuído ao item “tomadas” em detrimento ao item “câmeras internas”, caracterizando, de forma inadvertida, favorecimento do certame.*

72. *Ante o exposto, requer-se a revisão do Edital e modificação da distribuição de pontuações que observe a razoabilidade e proporcionalidade, bem como que haja fundamentação na distribuição de pontos com lastro em simulações e estudos de mercado.*

III- DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES:

Ex positis, conclui-se:

A) QUANTO AO CARÁTER DE EXCLUSIVIDADE: Improcedentes os argumentos apresentados pela Impugnante, haja vista existir **ATO JUSTIFICATIVO PRÉVIO**, que chancela a necessidade de exclusividade da Concessão, em que se comprova a imperiosa e legal necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do sistema de transporte coletivo de passageiros, por ônibus, no município de Pouso Alegre, em que pese que, dividir o sistema em lotes distintos vai de encontro ao ATO JUSTIFICATIVO existente. Esse ATO JUSTIFICATIVO encontra respaldo na Carta Magna em seu artigo 175, *verbis*:

Artigo 175: Incube ao Poder Público, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos;

II – em razão do que dispõe o artigo 5º da Lei Federal nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995 e o artigo 2º da Lei Federal nº 9.074 de 27 de Julho de 1995: O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a concorrência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo;

A justificativa da licitação em lote único consta da fase interna do procedimento licitatório, tanto do parecer técnico de consultoria técnica especializada em engenharia de transportes,



quanto da republicação do ato justificativa de outorga de concessão pela Autoridade Superior, na data de 25/01/2018, previamente ao edital, ambos constantes da fase interna, o que torna os apontamentos da impugnante improcedentes.

B) DAS RECEITAS ALTERNATIVAS: Improcedentes os argumentos apresentados pela Impugnante, haja vista se mostrar claro e cristalino o entendimento de que as receitas alternativas serão consideradas na medida de sua efetiva ocorrência. Para os exercícios futuros, quando do momento de análise do estudo tarifário, serão consideradas as receitas alternativas médias apuradas nos períodos imediatamente anteriores. A aplicação de tal regra de análise beneficia diretamente o todo da comunidade usuária do serviço de transporte por ônibus. Nessa linha, diz o artigo 18 da Lei 8987/1995:

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 conterà, especialmente:

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

Toda e qualquer iniciativa de incrementar dispositivos que direcionem todo o sistema para o caminho de modicidade tarifária jamais poderá ser descartado, pois segue o caminho do benefício da coletividade.

C) DO REAJUSTE ANUAL DAS TARIFAS: Improcedentes os argumentos da impugnante, uma vez que os critérios de reajuste dos contratos não podem ser inferiores a um ano, conforme ensina Egon Bockman Moreira²:

Quanto à respectiva periodicidade, em vista de previsão do “Plano Real” (Lei 10.292/2001, arts. 2º e 3º), **o reajuste nos contratos públicos não pode ter intervalo inferior a um ano**”.(grifo nosso)

² In: Direito das concessões de serviço público. Editora Malheiros, 2010, p. 359



Desse modo, não se vislumbra qualquer irregularidade na cláusula que prevê o reajuste anual das tarifas. A uma, porque obedece a preceito legal (art. 18, VIII, Lei 8.987 c/c art. 30, Lei 5.710/2016); A duas, porque o edital prevê, em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a possibilidade de recomposição dos preços e de revisão da planilha de custos, *que poderão ocorrer a qualquer tempo*; a três, porque, obedece a preceito legal.

D) DOS SUBSÍDIOS: parcialmente procedentes os argumentos da Impugnante, devendo haver maiores esclarecimentos acerca do mecanismo regente da variabilidade do valor do subsídio, trazido pelo recurso à lâmina tênue de meio de manutenção da invulnerabilidade da modicidade tarifária, porém obscurecido pelo difuso critério estabelecido, que volta as costas à necessidade de formato claro e direto do sistema de cálculo, que regerá um sistema público por anos a fio e que pode levar a um posterior desequilíbrio e penalizar, quanto à qualidade, toda operação. O benefício do subsídio nunca pode ser pré-fixado sem nenhuma forma de ajuste posterior, pois o sistema de transporte é dinâmico e sofre alterações constantes, ensejando a não superável determinação de fórmula variável de determinação do valor de pagamento do subsídio, evitando que o todo pagante arque, incondicionalmente, com o custeio do benefício ofertado a um determinado grupo. Não obstante a cláusula 5.2 do instrumento editalício afirmar que poderão ser adotados, a qualquer tempo, subsídios tarifários com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, fazem necessários maiores esclarecimentos no edital em epígrafe.

E) DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CONCESSÃO: Parcialmente procedentes os argumentos da Impugnante, à luz de fatos incontestáveis de que preceitos que regem todo sistema não podem definitivamente estar ligados a fatores subjetivos. O que determina os critérios que formam o conjuntos de fatores que, relacionados, determinam a referida “vantajosidade” para a administração pública no ato de representar os interesses da coletividade de uma possível prorrogação de uma década de um Contrato de Concessão, nunca pode ser ligado a fatores subjetivos, que podem ser futuramente guiados por questões de “empatia” dessa ou daquela administração ou vice e versa pelo prestador que pleiteia a prorrogação. Destarte, devem ser claros e objetivos os critérios que fundamentam a decisão



final de prorrogação ou não do Contrato. O que resta afinal é a reforma da porção editalícia que estabelece a possível prorrogação, incrementando fatores claros e objetivos para formação e fundamentação da prorrogação ou não do Contrato no que tange à vantajosidade da prorrogação.

F) DAS GARANTIAS EXIGIDAS: Parcialmente procedentes os argumentos da Impugnante, uma vez que a exigência de capital ou patrimônio líquido no importe de 10% do valor estimado da contratação é exigência desarrazoada e que não reflete os índices de grande parte das empresas que atuam nesse ramo específico. Tomando-se como norte e ápice o caráter de competitividade de um certame, depara-se o procedimento com uma encruzilhada de alta periculosidade para o princípio fim e objetivo de qualquer procedimento licitatório, que é a manutenção do caráter de competitividade do evento. Diante disso, o instrumento determina um valor que, via de regra, inibe a competitividade de interessados de menor porte econômico, que eventualmente possam executar o objeto, mesmo não alcançando a monta de Capital Social ou Patrimônio Líquido exigidos. Uma eventual garantia de um valor mínimo de Capital Social ou Patrimônio Líquido exigido deve obedecer ao critério de análise do investimento aplicado no projeto em detrimento de uma simulação do valor auferido durante o longo processo, sempre com olhos voltados para o fato de que o que importa é o proponente ter condições patrimoniais de investir o valor exigido para a operação e manter a mesma em funcionamento com qualidade, e em nada tem relação o valor de montante auferido ao final de uma década de operação. O acolhimento da argumentação é parcial, pois em se mantendo os valores exigidos, estes devem ser acompanhados de sólidos fundamentos que justifiquem tal exigência. Assim sendo resta a reforma da porção editalícia hora em tela, direcionada à revisão dos valores exigidos ou formulação de texto claro e objetivo, que justifiquem os valores atuais.

G) DA EXIGÊNCIA PRÉVIA DE VEÍCULOS: Improcedentes os argumentos da impugnante, uma vez que o preceito editalício segue a redação constante do §6º do art. 30 da Lei 8.666/93, que assim preceitua:



6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, **serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade**, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Nesse sentido, no Anexo VI, página 261, o edital menciona que:

a.1) Determinação da Pontuação da Frota (PFRO) **Não se exigirá propriedade prévia**, mas somente declaração de relação explícita dos veículos a serem utilizados na prestação do serviço, indicando a quantidade, descrição e ano de fabricação, com declaração ao final, assinada, de que os veículos estarão disponíveis para vistoria dentro do prazo de até 180 dias após a assinatura do contrato.

No Anexo V.a, página 254, o edital também menciona que “*Obs: não se exige propriedade prévia.*” No entanto, tenho que alguns pontos do edital devem ser mais bem esclarecidos, a exemplo do anexo que trata do preenchimento pelo licitante com o número do chassi, da carroceria e do monobloco (Anexo V.a).

H) DOS COEFICIENTES PARA PROPOSTA DE PREÇO: Parcialmente procedentes os argumentos da Impugnante no sentido da necessidade de maiores esclarecimentos acerca da proposta de preços, pois, em tese, se os critérios técnicos forem atendidos na integralidade, estarão os proponentes frente à fase comercial do processo e a administração não pode correr risco, não estabelecendo claramente os índices limites dentre os quais o proponente pode tornar todo o processo e todo o contrato inexecutável. O presente documento não refletiu uma luz objetiva, que fornecesse dados importantes para balizar a perfeita execução. Igualmente, cabe reforma da porção editalícia referente a essa temática, estabelecendo muito mais criteriosamente os termos da mesma. Se, por um lado, o edital cumpriu as recomendações



constantes do Tribunal de Contas de Minas Gerais, que assim dispôs no Agravo nº 951405, de relatoria do Conselheiro. Mauri Torres:

[...] O mencionado parecer ministerial indicou que as **seguintes irregularidades**, que a Unidade Técnica considerou mantidas no edital da Concorrência Pública n. 26/2014, seriam graves, in verbis:

a) **Determinação de limite mínimo dos coeficientes da proposta de preços**, tendo em vista que limita a proposta e sugestiona um valor mínimo a ser apresentado pelo licitante;

[...]

Assim, penso que devemos trazer alguns parâmetros para aferir a exequibilidade

4. Proposta de Encaminhamento

4.1. Esta Unidade Técnica apresenta a seguinte proposta de encaminhamento:

c) **Abstenha-se de estabelecer limite mínimo para os coeficientes da proposta de preços**, como forma de não limitar a proposta e não sugestionar um valor mínimo a ser apresentado pelo licitante;

Por outro lado, há de se estabelecer parâmetros objetivos para aferição da exequibilidade da proposta, devendo o edital, nesse ponto, ser retificado.

I) DAS CONTRADIÇÕES ENTRE OS ITENS 13.8, “C” E 13.8.1: Procedentes os argumentos da impugnante, uma vez que a facultatividade da apresentação de índices menores que os exigidos pode trazer grave risco ao interesse público. Desse modo, devem ser os citados itens revistos, para a necessária consecução do interesse público.

J) DOS BENS REVERSÍVEIS: Procedentes os argumentos da Impugnante, em face ao fato de que, para se determinar o objeto dessas exigências, preteritamente devem-se elencar aos



pretensos futuros operadores quais os bens serão devolvidos aos mesmos ao final do Contrato e quais aqueles serão incorporados ao patrimônio público, o que, minimamente, nortearia os cálculos de amortização dos investimentos e, por conseguinte, a proposta financeira, bem como arrefeceria, ou não, o ânimo e agressividade das propostas. Imperiosa, portanto, é a reforma dessa temática e a relação objetiva dos bens reversíveis e não reversíveis ao longo e final do Contrato.

D) DO INADVERTIDO DIRECIONAMENTO DO CERTAME: Parcialmente procedentes os argumentos no que concerne à razoabilidade de pontuação dos itens constantes da proposta técnica. Se, por um lado, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, no Agravo 951405, asseverou que os critérios que revertem em benefício dos usuários deve ser melhor pontuados, por outro, há itens que, em certos momentos, poderiam ser considerados “perfumaria” em detrimento de outros que fazem parte da perfeita execução do Contrato, Mister a reformulação ampla e total dessa importante porção editalícia,

IV- DECISÃO:

Assim sendo, diante das análises da impugnação retro mencionadas, considerando o objetivo de isenção do processo, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato e da observância dos princípios que regem o procedimento licitatório, reconhecendo existirem falhas apontadas e reconhecidas no documento estruturado e publicado, acata-se parcialmente os argumentos da Impugnação em análise e determina-se a suspensão do Certame, adequação e saneamento das falhas e republicação do mesmo, de modo que a Presidente da Comissão de Licitação Permanente, juntamente com a Autoridade Superior, concluem por: conhecer e prover parcialmente a presente impugnação.

Por oportuno, determina-se a suspensão provisória do certame para que sejam realizadas retificações no edital em epígrafe, devolvendo-se o prazo para apresentação das propostas (art. 21, §4º, Lei 8.666/93), com a conseqüente republicação do edital.



Pouso Alegre/MG, 21 de abril de 2018.

Vanessa Moraes Skielka Silva

Presidente da Comissão Permanente de Licitações

Wagner Mutti Tavares

Secretário Municipal de Trânsito e Transporte