

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR LUCIANO PERES, PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FARTURA/SP

C/c ao(a) Pregoeiro(a) responsável pelo Pregão Eletrônico nº 045/2023

Pregão Eletrônico nº 045/2023

Processo Administrativo nº 111/2023

Data da Disputa de Preços: 12/01/2023 às 09h00 horas.

VIA 80 TRANSPORTES EIRELLI EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ Nº 09.002.604/0001-41, com sede a Av. Mandaqui 355 – Limão – São Paulo, representada pelo Senhor **Lucinaldo Alves da Silva**, portador do RG: 36.894.114-0 e do CPF: 035.292.224-96, Diretor/Procurador, vem, respeitosamente, com fundamento no Art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal¹, Art. 41, §1º da Lei Federal nº 8.666/93² e na cláusula 04 Edital³ em epígrafe, apresentar sua **IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA** ao Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2023, publicado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE FARTURA/SP** (“Prefeitura” ou “Prefeitura de Fartura/SP”), com base nos fundamentos a seguir.

I – DA TEMPESTIVIDADE

¹ **Constituição Federal.** “Art. 5 XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

² **Lei Federal 8.666/93.** “Art. 41. 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º do art. 113”.

³ **Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2023. CLÁUSULA 04 - IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.** “4.1. Até 03 (três) dias úteis anteriores da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar poderá impugnar os termos do Edital, devendo protocolar o pedido: a) Na Plataforma BLL, ou; b) No Setor de Protocolos da Prefeitura Municipal de Fartura, ou; c) Via Protocolo Online através do site www.fartura.sp.gov.br. 4.1.1. A impugnação deverá, obrigatoriamente, estar acompanhada da apresentação de CPF e RG, se tratando de pessoa física, e do Ato Constitutivo, se tratando de pessoa jurídica”.

1. Nos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2023, a sessão pública para disputa de preços foi agendada para ocorrer no próximo dia **12.01.2024** (sexta-feira), às 09h00, na plataforma *online* denominada BOLSA DE LICITAÇÕES DO BRASIL (“BLL”), cujo endereço eletrônico é <https://bllcompras.com>.

2. Considerando que o prazo para apresentar Impugnação ao Edital é de 03 (três) dias úteis da data agendada para disputa de preços, nos termos da Cláusula 04 do Edital em epígrafe – “(...) Até 03 (três) dias úteis anteriores da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar poderá impugnar os termos do Edital (...)” tem-se comprovada a **TEMPESTIVIDADE** da presente Impugnação, conforme tabela abaixo:

08.01.2024 (segunda-feira)	09.01.2024 (terça-feira)	10.01.2024 (quarta-feira)	11.01.2024 (quinta-feira)	12.01.2024 (sexta-feira)
Último dia de protocolo	3 dias úteis da sessão	2 dias úteis da sessão	1 dia útil da sessão	Data da Disputa de Preços

3. Ante o exposto, o prazo final para apresentação de impugnação se encerrará em 08.01.2024 (segunda-feira) sendo a presente manifestamente *tempestiva*.

II – DOS FATOS E OBJETO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO

4. A Prefeitura de Fatura/SP publicou o Edital Pregão Eletrônico nº 045/2023, cujo objeto é a “contratação de empresa fornecedora de transporte escolar para linhas rurais do município de Fatura, com cessão de veículos, motoristas e monitores (...)”.

5. A sessão pública para disputa de preços foi agendada para ocorrer no dia 12.01.2024 (sexta-feira) às 9h00.

6. Ocorre que, em análise pormenorizada do Edital em referência verificou-se diversas irregularidades, as quais possuem o condão de impedir que a

Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa para a administração, restando por infringir ao art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993⁴.

7. Assim, embora o objeto da contratação aparentemente esteja delineado de forma adequada, o Edital está eivado de vícios que comprometem a sua legalidade e conduzem a necessidade de sua reforma, em razão de previsões editalícias que restringem a competitividade, conferindo risco à continuidade do certame.

8. Portanto, entende-se que o instrumento convocatório da forma como está na atualidade, vai de encontro com entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, bem como do art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993, sendo elas:

- a) da incoerência das documentações apresentadas na fase de habilitação, em decorrência da desconexão com o objeto licitado;
- b) da exigência exacerbada no que se refere aos atestados de capacidade técnica, cujo resultado é a restrição do certame; e
- c) da impossibilidade de participação de empresas em consórcio.

9. Dessa forma, considerando que: (i) a manutenção do processo licitatório, da forma como está, poderá acarretar sérios prejuízos ao interesse público; e (ii) a proximidade da realização da sessão pública (em 12.01.2024 – sexta-feira), **faz-se necessária a suspensão do certame, para retificação do Instrumento Convocatório e posterior republicação do edital, pelas razões aprofundadas a seguir.**

⁴ Lei Federal 8.666/93. “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

III – DO REQUISITO DE HABILITAÇÃO DESCONEXO COM O OBJETO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 045/2023

10. É cediço que a fase de habilitação possui extrema importância, pois é nessa etapa que são verificados os documentos e a capacidade técnica, jurídica, econômica e financeira dos licitantes para garantir que estão aptos a participar do processo licitatório. Em outras palavras, tal fase tem como objetivo selecionar os licitantes que atendem aos requisitos estabelecidos no Edital, garantindo a idoneidade e a capacidade técnica e financeira para **realizar os serviços objeto da licitação.**

11. Ou seja, quando tratamos de procedimentos licitatórios, **é essencial que os documentos solicitados estejam diretamente relacionados ao objeto da licitação.** Até mesmo porque a inclusão de documentos desconexos ao escopo do certame, acarretam em insegurança jurídica, restrição de competitividade e não atendimento dos princípios que regem a Administração Pública.

12. Sendo assim, muito embora exista a *certeza* de que os requisitos de habilitação de um procedimento licitatório devam ser integralmente relacionados ao serviço licitado, **essa não é a realidade do Pregão Eletrônico nº 045/2023.**

13. Senão, vejamos.

14. Nesse sentido, confira-se o que determina o item 12.3.2. do Edital:

12.3.2. A empresa deverá apresentar NA FASE DE HABILITAÇÃO

- a) Licença da CETESB;
- b) Alvará de Funcionamento emitido pela Prefeitura do Município onde se localiza;
- c) Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros;

(Imagem extraída do Edital do Pregão Eletrônico às fls.14)

15. Depreende-se do excerto acima que o instrumento convocatório em comento traz uma desnecessária lista de exigências documentais por serem ALHEIAS AO OBJETO DA DISPUTA, qual seja a contratação de empresa fornecedora de transporte escolar para linhas rurais do município de Fartura, com cessão de veículos, motoristas e monitores.

16. Inclusive, com a finalidade de restar inequívoca o quanto descrito nesta impugnação, utilizamo-nos desta oportunidade para indagar o seguinte: em que os documentos de: a) licença CETESB; b) alvará de funcionamento emitido pela Prefeitura Municipal; e c) Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros se relacionam com o serviço de transporte escolar?

17. Pois bem.

18. Em razão disso não restam dúvidas acerca da ilegalidade do Edital em referência publicado pela Prefeitura Municipal de Fartura/SP, uma vez que a fase de habilitação deve cingir-se a documentações que guardem pertinência com o ramo de atividade da licitante e que sejam compatíveis com o objeto licitado – **O QUE NÃO OCORRE NO ÂMBITO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 45/2023.**

19. Corroborando com o exposto, leciona Marçal Justen Filho⁵:

“Somente se admitem condições específicas que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. Como visto, o direito de licitar somente existirá quando o sujeito for titular dos requisitos para realizar satisfatoriamente as prestações do futuro e eventual contrato. **Portanto, as “condições” da licitação deverão ser fiadas tendo em conta o objeto da licitação. Cabe estabelecer um cotejo entre o objeto da licitação e as condições específicas previstas no ato convocatório.**”

- Grifos da Impugnante -

⁵ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos (17ª Edição). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

20. De forma inobstante, é o entendimento do Tribunal de Contas da União (“TCU”):

“Abstenha-se de estabelecer exigências desnecessárias ou excessivas, que restrinjam indevidamente a competitividade dos certames, tal como a exigência de capacidade técnica do licitante para a execução de parcelas de serviços de natureza especializada que não tenha maior relevância e valor significativo, nos termos do art. 30, §§ 1º e 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, **limitando-se a previsão de exigências de capacidade técnica aos requisitos mínimos necessários à garantia da execução do contrato e à segurança da obra ou serviço.**” (ACÓRDÃO 2882/2008 DATA DA SESSÃO 03/12/2008. RELATOR ADHEMAR PALADINI GHISI. PLENÁRIO, TCU).

- Grifos da Impugnante -

**

“O art. 30, inciso II, da lei nº 8.666/93 estabelece que comprovação de aptidão para desempenho de atividade deve ser pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação. **A melhor exegese da norma é a de que a referida comprovação de aptidão deva ser demonstrada exclusivamente mediante a comprovação de serviços similares.** Nesse sentido, o § 5º do referido art. 30, veda a exigência de comprovação de aptidão com quaisquer limitações não previstas na Lei que inibam a participação na licitação. **A exigência de comprovação de aptidão em serviços diversos do objeto da licitação consubstancia limitação indevida à participação no procedimento licitatório, na medida em que não se pode inferir que a licitante inabilitada mediante este critério não estaria apta a executar o objeto licitado.** Desta forma, entendo procedente a irregularidade apontada pelo representante”. (ACÓRDÃO 2382/2008 - PLENÁRIO RELATOR BENJAMIN ZYMLER, TCU).

- Grifos da Impugnante -

21. Ademais, entende-se que o rol dessas imposições destinadas à habilitação das participantes, considerando a licença junto ao Órgão Ambiental Estadual e de alvará de funcionamento, extrapola as condições previstas nos artigos 28 a 31 da Lei Federal 8.666/93 (“Lei de Licitações”).

22. Aliás, sequer é apresentada alguma razão pela Prefeitura Municipal de Fartura/SP que justifique o requerimento de tais documentos que em nada se relacionam com a execução do serviço de transporte.

23. Desta forma, faz-se necessário a suspensão imediata do Edital em referência para que o Ilmo. Pregoeiro responsável por este procedimento licitatório, examine pormenorizadamente os vícios apresentados acima e, posteriormente, determine a anulação do certame para fins de correção do instrumento convocatório, em razão da dos documentos exigidos no item

24. lista de exigências documentais por serem ALHEIAS AO OBJETO DA DISPUTA

IV – DA EXIGÊNCIA EXACERBADA NO QUE SE REFERE AOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA.

25. A comprovação de capacidade técnica é uma das exigências primordiais nos editais de licitação, tendo em vista que é por meio dessa comprovação que *também* é avaliado a aptidão dos concorrentes para executar os serviços e/ou fornecer os produtos demandados pela Administração Pública. Contudo, quando a exigência de itens e/ou requisitos para essa comprovação se torna excessiva, cria-se uma situação prejudicial à própria concorrência.

26. Nesse sentido, imprescindível pontuar que o art. 30, § 1º, I, da Lei de Licitações determina que, para fins de capacitação técnico-profissional, a exigência limite-se às parcelas que representem “MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO” ao objeto da licitação. Veja-se:

Art. 30, § 1º, I: “capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, **limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos**”.

- Grifos da Impugnante -

27. Para além do amparo legal, a Súmula nº 30 do Tribunal de Contas de São Paulo (“TCE/SP”) dispõe o seguinte:

SÚMULA Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

- Grifos da Impugnante -

28. Ocorre que, para fins de comprovação de capacidade técnica no que tange à participação no Pregão Eletrônico nº 45/2023, o Edital exige, em seu item 12.3.1.a, atestados concernentes – *especificamente* – ao transporte escolar com fornecimento de monitor.

29. Confira-se:

12.3. DOCUMENTOS RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

12.3.1. É necessária a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto desta licitação, por meio da apresentação de atestado(s) expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado;

- a) Atestado de capacidade técnica para comprovar a aptidão para execução do objeto do presente certame, através da apresentação de no mínimo um atestado de capacidade técnica, onde comprove a execução do quantitativo mínimo de 50% (cinquenta por cento) do total de km, com a previsão de ter fornecido o serviço de transporte escolar com fornecimento de monitor.

(Imagem extraída do Edital do Pregão Eletrônico às fls.13/14)

30. Sendo assim, depreende-se do excerto acima que, com relação aos atestados de qualificação técnica, serão válidos *apenas* aqueles apresentados por empresas que demonstrarem experiência anterior no transporte de alunos com o fornecimento de monitor. Inclusive, veja-se que tais valores servirão para validar aptidão concernente à quilometragem rodada – E NÃO EM QUANTIDADE DE ALUNOS TRANSPORTADOS.

31. Ou seja, a parcela escolhida para fins de validação técnica refere-se expressamente à quilometragem, não há sequer menção em quantidade de alunos ou outra atividade que justificasse o fato de a comprovação recair sobre o transporte escolar.

32. Assim, a exigência de transporte escolar com monitores não deveria ser objeto de comprovação de capacitação técnica, por não representar a parcela de maior relevante do objeto licitado.

33. Considerando os termos narrados, posiciona-se o TCE/SP no sentido de tal exigência afrontar a Lei de Licitações e a Súmula 30 da Corte de Contas Bandeirantes:

“A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que é vedado exigir, na fase de habilitação, prova de experiência anterior em atividade específica. Deve ser admitida, assim, a apresentação de atestados de capacidade técnica de forma genérica, de modo que a licitante demonstre aptidão em serviços similares e/ou compatíveis ao objeto, conforme interpretação do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93 (Súmula nº 30). Mais ainda, os atestados de capacidade técnico-profissional devem estar limitados às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, consoante prescrito no art. 30, § 1º, I, do mesmo diploma legal. [...] **Deverá o edital, se já não modificado, prever a possibilidade de apresentação de atestados de execução anterior de serviços com características genericamente assemelhadas ao objeto.**” (TCE/SP, TC-020717.989.19-8, CONS. REL. RENATO MARTINS COSTA, J. 06.11.2019).

- Grifos da Impugnante -

**

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. **TRANSPORTE ESCOLAR DE ALUNOS**. VISTORIA PRÉVIA DOS VEÍCULOS. ANTECIPAÇÃO DE PROVIDÊNCIA EXIGÍVEL QUANDO DA ASSINATURA DO CONTRATO. **COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA PREGRESSA EM ATIVIDADE ESPECÍFICA. RESTRITIVIDADE**. OMISSÃO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO. PREJUÍZO À FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS. PROCEDÊNCIA.

(...)

Na sequência, censura os requisitos de qualificação técnica relacionados no item (...) 5.2.42, que demandam comprovação de experiência pregressa em atividade específica de transporte escolar, em afronta ao artigo 30, §§ 1º e 3º da Lei nº 8.666/93 e ao teor do verbete sumular nº 30 desta Corte. A seu ver, tal exigência acaba por impossibilitar a participação de empresas que atuam no serviço público de transporte de passageiros, fretamento de funcionários ou transporte rodoviário regular, entre outros perfis de executores igualmente aptos a

executar o objeto pretendido pela Administração, uma vez que desempenham atividades até mais complexas do que a ora licitada. (TC-009825.989.22-1 - TRIBUNAL PLENO DE 27/04/22 - CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES).

- Grifos da Impugnante -

**

É o caso da imposição de comprovação de experiência em atividade específica (transporte escolar), afrontando a Súmula nº 30 deste Tribunal. As mesmas cautelas devem ser tomadas para qualquer tipo de transporte de passageiros, independentemente de ser o transporte escolar ou não. Dessa forma, deve ser reputada como restritiva a exigência de comprovação de capacidade técnica em transporte escolar. Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, bastaria que fosse solicitada comprovação de experiência em transporte de passageiros. (TC-002728/006/06 - RECURSO ORDINÁRIO - GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO SESSÃO: 27/2/2013).

- Grifos da Impugnante -

**

“A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que é vedado exigir, na fase de habilitação, **prova de experiência anterior em atividade específica. Deve ser admitida, assim, a apresentação de atestados de capacidade técnica de forma genérica, de modo que a licitante demonstre aptidão em serviços similares e/ou compatíveis ao objeto**, conforme interpretação do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93 (Súmula nº 30). Mais ainda, **os atestados de capacidade técnico-profissional devem estar limitados às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação**, consoante prescrito no art. 30, § 1º, I, do mesmo diploma legal. [...] Deverá o edital, se já não modificado, prever a possibilidade de apresentação de atestados de execução anterior de serviços **com características genericamente assemelhadas ao objeto.**” (TCE/SP, TC-020717.989.19-8, CONS. REL. RENATO MARTINS COSTA, J. 06.11.2019).

- Grifos da Impugnante -

34. Tal exigência resta por impossibilitar a participação de empresas que, por exemplo, atuem no serviço público de transporte de passageiros, fretamento de funcionários ou transporte rodoviário regular, entre outros perfis de executores igualmente aptos a executar o objeto pretendido pela Administração Pública, uma vez que desempenham atividades até mais complexas do que a ora licitada.

35. Entende-se, portanto que, a exigência de tal requisito, com tamanho nível de especificidade é excessiva e carece de amparo legal, prejudicando a competitividade, sendo possível, inclusive, observar *eventual* direcionamento do certame.

36. Ou seja, a despeito da qualificação técnica, o Edital deve prever requisitos genéricos, mencionando atividades “pertinentes e compatíveis” com o serviço licitado, sendo igualmente inconcebível a existência de critérios objetivos e específico, mas evidente, que integralidade do objeto.

37. Sendo esse o exposto, pede-se que o Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2023 seja corrigido no ponto acima indicado, prevendo a possibilidade de apresentação de atestados de execução anterior de serviços com características genericamente assemelhadas ao objeto, em atenção ao art. 30, § 1º, I da Lei Federal nº 8666/93 e a Súmula 30 do TCE/SP.

V. DAS INCONSISTÊNCIAS ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SOB CONSÓRCIO.

38. No mais, sabe-se que, a participação de empresas na forma de consórcios está disciplinada no art. 33, *caput*, da Lei 8.666/1993, sendo pacífico na jurisprudência que a opção pela vedação ou não a participação de consórcios é discricionária, *condicionada* a apresentação de justificativa fundamentada e razoável para sua validade.

39. Isto é, no que concerne à vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcio, tal restrição constitui exceção que deve ser justificada expressamente no procedimento licitatório.

40. Entretanto, o item 6.8.1. do Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2023, restou por vedar a participação de consórcio sem apresentar quaisquer justificativas para tal medida. Veja-se:

6.8. É vedada a participação de:**6.8.1. Empresas em regime de consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição, sejam controladas, coligadas ou subsidiárias entre si;**

(Imagem extraída do Edital do Pregão Eletrônico às fls.04)

41. Considerando o trecho acima colacionado, note-se que há vedação expressa quanto à participação de consórcios de empresas. Todavia, vale destacar que o consórcio constitui prática benéfica à Administração Pública, uma vez que tal amplia a competitividade, permitindo que mais interessados participem do certame.

42. Neste sentido, vale destacar que apesar da Lei de Licitações conferir discricionariedade ao gestor público para aceitar, ou não, a participação de consórcios nos processos licitatórios, o TCE/SP entende que a vedação pode constituir prática anticompetitiva. Veja-se:

O meu voto acolhe as conclusões do Ministério Público de Contas: (i) houve desarrazoada proibição de participação de consórcios e de subcontratação parcial do objeto com consequente restrição ao universo de participantes; (ii) vistoria técnica em dez postos; (iii) pesquisa ineficiente com orçamento defasado.

(...)

Nesse mesmo viés restritivo, a proibição de participação de consórcios e da subcontratação total ou parcial do objeto. Não se ignora que há dimensão discricionária da atuação administrativa na admissão, ou não, de consórcio na disputa licitacional. O que se pondera é que a vedação não deixa de ser restritiva, notadamente porque ampliar-se-ia o leque de proponentes, incluindo-se aqueles que detivessem tecnologia do Sistema de Validação e Autenticação Biométrica – AFIS, mas não possuísem parque gráfico, e vice versa. (TC-41809/026/13, SEGUNDA CÂMARA, CONSELHEIRO RELATOR DIMAS EDUARDO RAMALHO, SESSÃO DE 12/09/2017).

- Grifos da Impugnante -

**

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. AGLUTINAÇÃO INDEVIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REFORMA/CONSTRUÇÃO E MINISTRAÇÃO DE CURSO. **PROIBIÇÃO**

DE CONSÓRCIOS. COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE DE ICMS. TERMOS ADITIVOS. ACESSORIEDADE. NÃO PROVIMENTO.

(...)

Além disso, o instrumento convocatório proibiu a participação de consórcios, bem como a cessão, subcontratação ou transferência da execução do objeto. Tais disposições, embora inseridas no âmbito da discricionariedade do Administrador, no caso em análise, agravou as condições de participação no certame. (TC-8379.989.20-5, SEGUNDA CÂMARA, CONSELHEIRO RELATOR DIMAS EDUARDO RAMALHO, SESSÃO DE 01/09/2020)

- Grifos da Impugnante -

**

Quanto ao edital da Concorrência nº 14/2021 propriamente, se nos termos aqui deliberados vier a ser reaproveitado, deve a Prefeitura, ainda: a) agregar ao instrumento o cronograma físico-financeiro dos serviços; b) acrescentar, nas disposições relacionadas à subcontratação, a necessidade de prévia anuência da Prefeitura contratante, bem como disposições que especificamente sirvam à ulterior demonstração dos requisitos de habilitação da subcontratada, além de discriminar com objetividade as situações em que o objeto poderá ser parcialmente sub-rogado; e, c) reavaliar a adoção da parcela suscetível de subcontratação como elemento de aferição de qualificação técnico-profissional, nos termos da jurisprudência vigente. **À margem, acolho as recomendações para que a Prefeitura igualmente avalie, conforme o caso, a possibilidade de participação de consórcios. Acolhido este entendimento, devem representantes e representada, na forma regimental, ser intimados deste julgado, em especial a Prefeitura de Praia Grande, a fim de que providencie a publicidade do edital, incorporando todas as retificações determinadas e recomendações, observando, mais ainda, a reabertura dos prazos nos termos preceituados na norma de regência.** (TC-12.989.22-4, TRIBUNAL PLENO, CONSELHEIRO RELATOR RENATO MARTINS COSTA, SESSÃO DE 23/02/2022)

- Grifos da Impugnante -

43. Corroborando com o demonstrado, consigna o mestre Marçal⁶:

O consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo dos licitantes.**

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009.

- Grifos da Impugnante -

44. Sendo assim, infere-se que o consórcio é o meio adequado para propiciar a ampliação do universo de licitante, pois permitirá que empresas especialistas áreas distintas do transporte se juntem com outras empresas para atender o todo pretendido no certame, e, assim viabilizar a competitividade uma vez que a licitação, por sua própria natureza jurídica, pressupõe a existência de competição.

45. Ou seja: frente aos excertos dispostos acima, percebe-se que a participação de consórcios está, de fato, no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, devendo, contudo, ser justificada, sob risco de configurar restrição à competitividade.

46. Destarte, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, é primordial que seja incluído no Edital o dispositivo que permita a participação de Licitantes em consórcio.

VI. DA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DAS IRREGULARIDADES CONTIDAS NO EDITAL: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

47. Como é de pleno conhecimento, a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade pela Administração Pública é de suma importância, **exigindo do Poder Público uma atuação com bom senso, que leve em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a busca de sua finalidade.**

48. São preceitos corolários do Estado Democrático de Direito que devem ser observados também no trâmite de processos administrativos, nos termos do caput do art. 2º da Lei Federal 9.784/99 – aplicável de maneira subsidiária ao Município de Fartura/SP:

Art. 2º A Administração Pública **obedecerá**, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

- *Grifos da Impugnante* -

49. Neste sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) também já positivou a necessidade de o Administrador Público prezar pela proporcionalidade em seus atos:

Art. 21. A decisão que, **nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.**

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

(...)

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - **Buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;** (...)

- *Grifos da Impugnante* -

50. Frente ao exposto, verifica-se a importância que o legislador atribuiu aos princípios que norteiam todo e qualquer ato da Administração Pública, inclusive, aos procedimentos licitatórios.

51. Destaca-se que as disposições de um Edital de licitação também devem ser razoáveis e proporcionais ao serviço que será contratado, em atendimento à Constituição Federal e demais legislação pertinente, como demonstrado.

52. Não obstante, no caso em tela, vê-se que os capítulos supra não atendem os princípios em questão, uma vez que prejudicam a participação de diversas

empresas interessadas, podendo culminar também em frustração ao caráter competitivo da licitação, o que é vedado pelo Art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993.

53. Dessa forma, é evidente a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo de rigor a anulação do presente Ato Convocatório para retificação das disposições editalícias.

VII – DA CONCLUSÃO E DOS PEDIDOS

54. Por tudo o quanto exposto, resta claro que o Edital do Pregão nº 045/2023 está eivado de vícios que comprometem substancialmente sua legalidade.

55. A abertura e continuidade do presente certame, sem o devido saneamento das irregularidades apontadas, representam grave ofensa aos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa e contratação pública, viciando todo o processo licitatório e maculando o eventual contrato administrativo que poderá ser firmado ao final do certame.

56. Assim, requer-se o acolhimento da presente Impugnação para que:

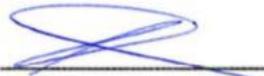
(i) sejam **reconhecidas as irregularidades** apontadas pela Impugnante e promovida a **SUSPENSÃO** do certame licitatório que se realizaria no dia 12.01.2024; e

(ii) seja **RETIFICADO** o Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2023, considerando os vícios acima indicados e, a partir disso, publicados novos documentos licitatórios e indicado novo prazo para a apresentação das propostas. Notadamente considerando a necessidade de sanar os vícios existentes:

- a) da incoerência e da ilegalidade das documentações requeridas na fase de habilitação, em decorrência da desconexão com o objeto licitado;
- b) da exigência exacerbada no que se refere aos atestados de capacidade técnica, cujo resultado é a restrição do certame; e
- c) da impossibilidade de participação de empresas em consórcio.

Nestes termos, pede deferimento.

Fartura/SP, 9 de janeiro de 2024.



LUCINALDO ALVES DA SILVA
RG Nº 36.894.114-0
CPF Nº 035.292.224-96
PROCURADOR

09.002.604/0001-41

VIA 80 TRANSPORTES EIRELI - EPP

Av. Mandaqui, nº 355
Limão - CEP: 02550-000
SÃO PAULO - SP