

EXMO. SR.(a) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE PELOTAS
- RS

Ref. Concorrência Pública N.º 01/2015

Att. Comissão de Licitações

*Recibimento
13.04.15 às 17:12h
Roberto Ramalho*

Roberto Santos Ramalho
Superintendente UGP
Presidente Comissão
Especial de Licitações

STADTBUS TRANSPORTES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 93.273.860/0001-80, com sede na Av. Independência, nº 860, Bairro Centro, no Município de Santa Cruz do Sul, RS, CEP: 96.815-326, neste ato representada por seu representante legal, abaixo assinado, vem, respeitosamente, à presença de VOSSA SENHORIA, apresentar

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA ao Edital em Epígrafe,

pelos motivos e fatos a seguir, requerendo seja ele encaminhado ao Sr. Prefeito Municipal, autoridade responsável pela elaboração do édito, para deliberação no prazo legal, sem prejuízo do recurso a Tribunal de Contas (Lei 8666/93, art. 113, par. 1º),

I. DO DIREITO DE IMPUGNAR

A empresa ora impetrante adquiriu o edital para participação na modalidade Concorrência Pública n.º 01/2015, cujo a data da sessão inaugural ou de recebimento dos envelopes esta aprazada para o dia 15 de abril de 2015.

Passada a análise das características e exigências contidas no edital nos deparamos com algumas que ferem o ordenamento das licitações públicas, e que no momento prejudicam o feito e a participação desta e de outras tantas empresas.

Tal prejuízo faz nossa empresa se opor a esta peça administrativa, através de impugnação no intuito de que seja corrigido o instrumento convocatório e, por conseguinte, possibilitada a participação de um número maior de empresas, qualificando a oferta de serviços do tomador da mesma.

Assim, com efeito, e nos termos da legislação vigente, bem como do próprio Edital, apresentamos nossa impugnação administrativa.

II. DOS FATOS

A empresa ora requerente intenta participar do processo licitatório em tela que objetiva a seleção de empresa para Operação dos Serviços Públicos de Transporte Coletivo de Passageiros do Município de Pelotas/RS, sob o regime de Concessão, nas modalidades convencional e diferenciado, por veículos de transporte coletivo de passageiros, incluindo as linhas atuais e as futuramente criadas ou modificadas no território do Município.

Nossa empresa atua no segmento almejando novos mercados, procurando neste certame uma nova alternativa comercial a sua expansão.

Todavia, passando ao teor desta impugnação propriamente dita, após esta rápida apresentação, salientamos que a competição fica comprometida face ao modelo adotado no processo, qual seja de licitar um único lote de serviços.

III. DA NECESSÁRIA DIVISÃO DO OBJETO EM LOTES, LINHAS OU BACIAS

III.1 - FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA DIVISÃO DO OBJETO EM LOTES, LINHAS OU BACIAS

segue:

A Administração está licitando o objeto em apenas um lote, como

4 - OBJETO DA CONCORRÊNCIA

4.1 - Esta Concorrência tem por objeto a Contratação de empresa para Operação dos Serviços Públicos de Transporte Coletivo de Passageiros do Município de Pelotas/RS, sob o regime de Concessão, nas modalidades convencional e diferenciado, por veículos de transporte coletivo de passageiros, incluindo as linhas atuais e as futuramente criadas ou modificadas no território do Município, conforme descrição neste EDITAL.

Todo o serviço de transporte coletivo da cidade, convencional e diferenciado, linhas atuais e futuras, estão todas contempladas em apenas um lote de serviços, o que faz com que dificilmente a Administração consiga o fim maior da licitação, qual seja a competição e, a partir disso, selecionar a proposta mais vantajosa para sua comunidade.

A Lei 8.987, Lei das Concessões já tentou coibir tal modalidade de licitação em seu art. 16 cc o art. 5º, ou, ao menos limitar sua utilização à previa justificativa:

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

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

E, nos documentos que integram o processo licitatório não se encontra qualquer justificativa de inviabilidade técnica ou econômica na não adoção da exclusividade:

Não podemos olvidar também que as concessões seguem a Lei Geral das Licitações, ou seja, a Lei 8.666 e alterações, que é aplicada subsidiariamente, conforme disposições da própria Lei 8.987:

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

O agrupamento de serviços, embora encontre defensores que a fundamentam na economia de escala e uma concentração de responsabilidades, não é a

regra estabelecida na Lei das Licitações, e, se empregada, deve ser devidamente justificada no processo administrativo, sob o risco de infringir o artigo 23, parágrafo 1º da Lei 8666/93:

"As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala".

Com efeito, o art. 3º da Lei 8.666/93 complementa disposto no dispositivo supramencionado acrescentando que

"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, 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".

O TCU, na Decisão 393/94 do Plenário, assim se posicionou:

"firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, §1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/1993, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade".

Na esteira desse entendimento, foi publicada a Súmula nº 247 do TCU, que estabeleceu que:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade".

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro disciplina a prevenção e repressão das concentrações econômicas que acarretam na eliminação ou mitigação da concorrência. Prescreve o art. 173, 4º, da Constituição de 1988:

"A Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Seguindo o comando constitucional, a Lei Antitruste brasileira, Lei nº. 12.529/2011, prescreve no §5º, do artigo 88, determina a proibição de atos de concentração, àquele

"que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar um posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços (...)".

O entendimento já tem obtido guarida no Judiciário, que, no caso abaixo, determinou a realização de Alvorada por lotes, linhas ou bacias, vejamos:

003/1.14.0006698-4
MUNICÍPIO DE ALVORADA
MINISTÉRIO PÚBLICO

E mais, como ponderado na exordial, a sistemática em que se deu a contratação em idos de 2003 encontra-se defasada quando cotejada com a realidade do Município de Alvorada, sendo notórios os prejuízos impostos aos usuários. A esse respeito, calha frisar que o Município de Alvorada possui uma população estimada em 205.683, consoante dados do IBGE1, como uma área territorial de 71,311 Km2 (IBGE). Portanto, ressaltamos indubitavelmente que não se justifica a manutenção de apenas uma pessoa jurídica operando na prestação de transporte coletivo no âmbito do Município, uma vez que plenamente viável a divisão do objeto do contrato, de maneira a propiciar um número maior de linhas municipais e, por conseguinte, melhor atender à população alvoradense. Logo, a licitação deverá possibilitar a concessão dos serviços por linhas, por lotes ou por bacias operacionais, o que certamente atenderá aos propósitos precípuos do certame licitatório, quais sejam, incrementar a competitividade, propiciando melhores preços e melhor atendendo aos interesses dos usuários dos serviços concedidos, pelas razões já expostas.

Por todo o exposto, comprovados os pressupostos estatuídos no artigo 273, do Código de Processo Civil, DEFIRO A TUTELA ANTECIPADA postulada pelo Ministério Público, determinando que o Município de Alvorada promova, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, licitação para concessão do serviço de transporte coletivo de passageiros, por linhas, por lotes ou por bacias operacionais, sob pena de aplicação de multa de 05% (cinco por cento) sobre o valor da causa, por cada mês ou fração de mês em que evidenciado o descumprimento.

Portanto, pelo exposto, mostra-se ilegal dispositivo que contempla tão vultuoso objeto a apenas uma empresa, ainda mais que perfeitamente divisível. Torna-se relevante ressaltar que o administrador pode, sem a necessidade da tutela judicial, revogar atos ilícitos administrativos, e é o que se espera, por meio da revogação da licitação.

III.2 - FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA LICITAÇÃO EM LOTE ÚNICO

Como podemos observar acima, a regra é o fracionamento do objeto, o que no entanto, não afasta por completo a possibilidade de realizar o certame de forma global e exclusiva, desde que seja fundamentada a sua necessidade (melhor eficiência).

Adotemos por base, nesta senda, a situação de conhecimento público ocorrida em Porto Alegre, em que a licitação simplesmente se mostrou "deserta", em duas oportunidades, porque pouquíssimas empresas poderiam assumir o investimento necessário para a totalidade do lote licitado. Tampouco as atuais concessionárias, que se sujeitaram ao "risco" de sequer apresentar proposta.

Não é diferente em Pelotas, onde, provavelmente, a Recorrente representa a única ameaça às atuais Concessionárias, basta ver as lamentáveis atitudes (denúncias) em curso envolvendo o processo licitatório e a possibilidade da participação da Recorrente.

Diga-se de passagem, ao invés de estimular a competição e entender como saudável ao processo a participação do maior número possível de licitantes, legítimos representantes do povo, dos usuários, movem montanhas para afastar quem demonstra interesse na participação. Que ameaça pode representar a competição?

Mas voltando a fundamentar a necessidade de fracionar o objeto, a Recorrente entende que, ao quebrar o monopólio da prestação dos serviços, os usuários e, o próprio sistema, terão um comparativo, um parâmetro, em resumo, a referência do melhor prestador de serviços.

No caso em tela é deveras alto o investimento necessário para a exploração do Sistema (aproximadamente 250 ônibus), o que seguramente impulsionará as empresas (aquelas "poucas" que conseguirem envidar tal esforço financeiro) a optar pela utilização da idade média máxima de frota admitida no Edital (06 anos).

Ao admitirmos lotes menores, onde mais empresas participem com frota menor, com toda certeza a opção será a disponibilização de veículos com idade média máxima "inferior" a 06 anos, o que demonstra ganhos efetivos em conforto e qualidade aos usuários. Ou seja, reduzindo o esforço financeiro das concessionárias, com a divisão dos

lotes, seguramente cada empresa, individualmente, terá melhores condições de entregar um melhor serviço à comunidade.

É uma argumentação lógica que a Denunciante fundamenta na própria experiência, como no caso do Município de Cachoeirinha, onde titula a operação local, e os serviços foram iniciados com 74 veículos novos. Da mesma forma ocorreu em cidades como Botucatu - SP e Bagé - RS, onde os lotes foram iniciados com frota "zero km".

De outra banda, não se trata apenas de limitar o investimento financeiro, mas também de limitar "pró-concorrência" a exigência de capacidade técnica operacional; no presente Edital, é exigida a demonstração de capacidade pretérita com a operação de, ao menos, 80 veículos, o que também acaba limitando a disputa.

Contextualizar as presentes argumentações não é difícil, basta ver quantas empresas de transporte coletivo urbano existem no Estado do Rio Grande do Sul, com frota de 250 ônibus. É certo que esse número chega no máximo a 05 empresas. Observem Srs. Membros da Comissão que ao decidir pela participação da licitação de Pelotas, esses empresários devem estar dispostos a duplicar o tamanho de suas empresas em questão de meses, tamanho que com certeza levaram décadas de trabalho para atingir.

Evidente que tal conjuntura só pode ser prejudicial à competição.

De outra tela, é importante ainda compreender que não é quanto maior o porte da empresa que se garantirá a economia de escala que poderia justificar a adoção de licitação por lote único, mas sim a eficiência das empresas.

E não se trata aqui de adaptar a licitação às pretensões da Recorrente. Diversas empresas, com lotes menores, poderiam ofertar uma proposta e participar da licitação.

Vejam então, que, os dois princípios básicos que precisam ser comprovados para a realização da licitação em lote único, de maneira agrupada como a proposta, que são a viabilidade técnica e econômica, restam prejudicados.

Ante o exposto, solicitamos o fracionamento dos serviços a serem concedidos em tantos lotes quantos se provarem viáveis, como forma de aumentar a competitividade.

IV. DO DIREITO

Os fatos citados afrontam o princípio da legalidade e torna imprescindível a correção.

Disciplina a nossa Constituição, em seu art. 5º, II, que:

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Trata-se, *in casu*, de norma-princípio voltada exclusivamente para o particular, recebendo a denominação de princípio da autonomia da vontade. Ao particular, como visto, é possível fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não vedar. Se não há lei proibitiva, portanto, permite-se qualquer forma de atuação, positiva ou negativa, sob pena de, aquele que interferir, responder, no mínimo, por constrangimento ilegal.

Para a Administração Pública tal regra inexistente, por razões óbvias. O administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a teoria da apresentação de Pontes de Miranda), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

"Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer."¹

Daí a razão pela qual o constituinte de 1988 achou por bem elencar expressamente o princípio ora sob comento em seu art. 37, caput:

"Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)."

Retirando-se tal princípio do campo da abstração e trazendo para a aplicação prática no caso da licitação, pode-se dizer que ao administrador cabe observar todas as etapas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa. Se fôssemos comparar com o Direito Processual Civil, poderíamos afirmar que trata-se de questão de respeito ao *due process of law*, onde a não observância de algum comando previsto em lei é capaz de gerar vícios até mesmo insanáveis (ou de nulidade absoluta).

Desta feita, observada a ilegalidade do ato administrativo, ou, mais especificamente, de algum procedimento licitatório, há de ser o mesmo anulado. Nesse diapasão arremata Hely Lopes Meirelles, em ensinamento percuciente, que

¹ CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.

PROCESSO N.º MEM/006285/2015

ASSUNTO: Licitação para “Concessão do Transporte Público”, no Município de Pelotas/RS

RESPOSTA - IMPUGNAÇÃO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 01/2015

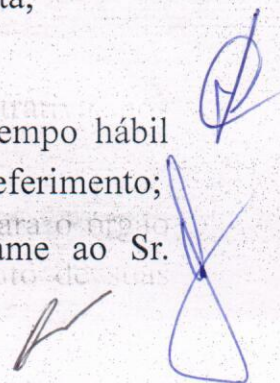
STADTBUS TRANSPORTES LTDA, apresentou, em 13 de abril de 2015, impugnação ao Edital de Concorrência n.º 01/2015, com fundamento no § 1º do art. 41 da Lei 8.666/93.

ALEGAÇÕES

As alegações apresentadas referem-se ao fato de que a competição, nesta licitação, fica comprometida devido ao modelo adotado no Edital, qual seja de licitar um único lote de serviços.

Ao final requer,

- O recebimento da presente Impugnação administrativa nos termos do artigo 41 e parágrafos do Edital;
- O encaminhamento de cópia integral do processo para o órgão de Controle Interno do Município para cumprimento de suas atribuições;
- A retificação do edital de acordo com os itens impugnados e devidamente fundamentados nesta impugnação;
- A reabertura dos prazos de publicação pois alterações indubitavelmente modificam a formulação da proposta;
- A resposta ao presente recurso no prazo legal;
- A intimação da impetrante quanto a decisão em tempo hábil para as medidas judiciais necessárias em caso de indeferimento;
- A subida do presente recurso apensado ao certame ao Sr.



Prefeito Municipal para ratificação do ato no caso de manutenção do edital nos termos iniciais.

CONSIDERAÇÕES

Feito o breve relato, sendo a impugnação tempestiva, prossegue-se a análise das razões apresentadas pelo impugnante e dos termos do Edital, pela Comissão Especial de Licitações, que por seu Presidente e membros, no uso de suas atribuições legais, vem prestar as informações necessárias.

Segundo a empresa impugnante o fato de o presente certame licitatório apresentar um único lote de serviços a licitar compromete a competição.

Apresenta justificativas legais entendendo que amparam sua posição.

No entanto, cabe ao Prefeito decidir o que melhor atende ao interesse público quando define como licitará determinado serviço público. Cabe ao gestor, pois é dele a competência para decidir sobre a matéria Transporte Coletivo, definir se o Sistema de Transporte Coletivo no Município será único, com uma só empresa ou consórcio vencedor, ou será diversificado por áreas, lotes ou bacias.

As leis 8666/93(licitação) e 8.987/1995 (concessão de serviço público) que regem a matéria, dão base legal a decisão expressa no presente edital.

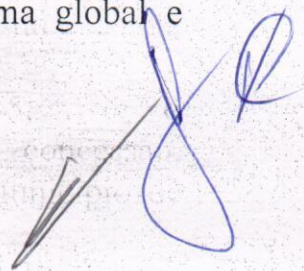
A Lei 8.987/1995 que dispõe sobre o regime de concessão de serviços públicos admite a exclusividade desde seja justificada, tal escolha, pelo gestor municipal.

Através do Decreto nº 5.805 de 20 de janeiro de 2015, o Sr. Prefeito apresentou justificativa para a outorga de concessão, caracterizando seu objeto, O Transporte Coletivo; a área, o Município de Pelotas e o prazo, o de 15 anos, improrrogáveis.

Visando o interesse público é que o gestor municipal decidiu por licitar em um único lote o Transporte Coletivo do Município. Com o valor de tarifa única, tanto na área urbana como na rural, haverá incontestável benefício ao cidadão que precisa, diariamente, transcorrer maiores distâncias, como do centro à zona rural e vice-versa, hoje, com tarifas bem mais elevadas do que a urbana.

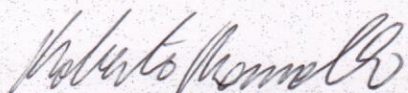
A própria impugnante ao afirmar que a regra é o fracionamento do objeto, admite que o certame possa ser realizado de forma global e exclusiva, desde que fundamentada a necessidade.

DA DECISÃO



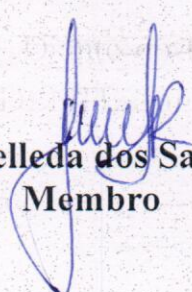
Diante do Exposto, esta Comissão Especial de Licitações julga IMPROCEDENTE a impugnação interposta por STADTBUS TRANSPORTES LTDA, devendo ser mantidas as condições e exigências descritas no instrumento editalício.

Pelotas, 17 de abril de 2015.

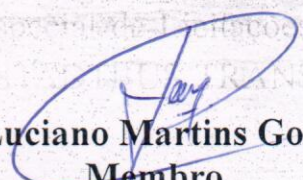


Roberto dos Santos Ramalho
Presidente

Maria Raquel Rodrigues Lima
Membro



Michele Velleda dos Santos Reinhardt
Membro



Luciano Martins Gomes
Membro

