

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

Pregão Eletrônico nº 06/2023

Processo Administrativo nº 23034.028908/2022-18

TEVX MOTORS GROUP LTDA., sociedade empresária limitada, com sede social na Avenida Dr. Cardoso de Melo, nº 1.450, Conj. nº 601, Vila Olímpia, na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, CEP 04548-005, com seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob NIRE 3523293602-1, inscrita no CNPJ/MF sob nº 41.383.193/0001-94, ("**TEVX**"), vem, por meio do seu representante abaixo assinados e, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

do Pregão Eletrônico nº 06/2023 ("**Pregão**"), Processo Administrativo nº 23034.028908/2022-18, com fulcro no art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a" da Constituição Federal, no art. 164 da Lei Federal de 1º de abril 2021 ("**Lei nº 14.133/21**"), e no item 13.1 do Edital, pelas razões de fato e de direito expostas a seguir.

I. DA TEMPESTIVIDADE

1. Considerando que:

- (i) o Pregão ocorrerá em 12/09/2023 às 9h;
- (ii) o prazo previsto no item 13.1 do Edital para apresentação de impugnação é de 03 (três) dias úteis anteriores à data de abertura da sessão pública;
- (iii) em resposta ao pedido de esclarecimento formulada pela Carbus - Industria Catarinense de Carrocerias Ltda. na página eletrônica do Pregão, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação ("**FNDE**") respondeu que, nos termos da Portaria ME nº 11.090 de 27 de dezembro de 2022, dia 8 de setembro é considerado um dia útil; e
- (iv) nos termos do artigo 183, da Lei 14.133/21, o envio desta impugnação ocorre na presente data, qual seja 05/09/2023,

a presente impugnação deve ser considerada plenamente tempestiva.

II. DOS FATOS

2. O FNDE, por meio da Coordenação Geral de Articulações e Contratos - CGARC, lançou o edital de licitação do Pregão ("Edital"), com critério de julgamento menor preço por item, e cujo objeto é o registro de preço nacional para a futura e eventual aquisição de alguns modelos de Ônibus Rural Escolar e de Ônibus Urbano Escolar, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, para o transporte escolar diário de estudantes das redes públicas de ensino, no âmbito do Programa Caminho da Escola.

3. A impugnante verificou irregularidades no Edital que devem ser retificadas por violarem, como se demonstrará, dispositivos da Lei nº 14.133/21, suspendendo o ato convocatório para posterior republicação com as devidas correções.

III. ESTUDOS TÉCNICOS

4. Os estudos técnicos preliminares constantes no Apêndice do Anexo I do Edital ("Estudos Técnicos Preliminares"), identificam a latente demanda por veículos escolares que atendam às necessidades dos estudantes do país e a oferta limitada do mercado, mas trazem exigências que diminuem o número de participantes hábeis e limitam a competitividade do certame.

5. A elaboração do estudo técnico preliminar, nos termos do § 1º do artigo 18 da Nova Lei de Licitações, é etapa elementar do planejamento de uma contratação pública. O estudo técnico preliminar pavimenta o caminho para a construção de um edital eficiente, na medida em que identifica o problema a ser resolvido pela contratação pública, com base no interesse público, e analisa o mercado para determinar as alternativas capazes de atender o interesse público.

6. Os Estudos Técnicos Preliminares evidenciam que o Programa Caminho da Escola ainda não atendeu toda a demanda por veículos escolares de forma a garantir o acesso diário e a permanência nas escolas de mais de 9 milhões de estudantes, distribuídos em uma área de 8.510.295.914 km², caracterizada pela grande heterogeneidade geográfica. Conforme informações trazidas nos Estudos Técnicos Preliminares, mais de 60 mil veículos foram adquiridos no âmbito do referido projeto, sendo que cerca de 65% já ultrapassam o prazo de vida útil determinado pelo FNDE.

7. Nesse cenário, foram realizados pregões eletrônicos para a aquisição de novos veículos escolares que suprissem a demanda nacional. Embora os certames tenham alcançado quase a totalidade dos quantitativos de veículos disponibilizados para a adesão, ficou evidente que o mercado ainda não é capaz de absorver por completo a demanda por novos veículos escolares para a reposição e ampliação da frota utilizada pelas redes de ensino do país.

8. Isso porque, além do expressivo número de veículos necessários para atender todos os estudantes da educação básica residentes em área urbana e rural, tais veículos necessitam ser fabricados com especificações adequadas ao tráfego em áreas urbanas e rurais, de difícil acesso e com sistemas de acessibilidade para pessoas com deficiência e/ou com mobilidade reduzida. Ainda, os Estudos Técnicos Preliminares trouxeram a indispensabilidade de veículos que fossem adaptados às

exigências da norma Euro IV, isto é, de veículos com motores mais limpos e eficientes e equipados de sistemas de controle de emissão de gases nos termos exigidos pela nova regulamentação.

9. Dada a quantidade e a customização exigida dos veículos, o ambiente de oferta é bastante restrito, como evidencia o capítulo “Análise e identificação da necessidade dos serviços” dos Estudos Técnicos Preliminares:

“Como se denota das tabelas apresentadas, a utilização das atas de registro de preços vinculadas aos Pregões Eletrônicos nº 6/2021 e nº 2/2022 alcançou a quase integralidade dos quantitativos disponibilizados para adesão; ademais, a oferta de veículos ainda carece de resposta efetiva do mercado, com elementos de qualidade para a reposição das frotas usadas comumente nas redes de ensino.”

“(…) Existe a necessidade não apenas de disponibilizar uma frota adequadamente equipada aos discentes nacionais, mas também de prover a sua reposição de forma perene. Conforme a Resolução CD/FNDE nº 01/2021, a vida útil desses veículos é estimada em dez anos, dadas as severas condições de operação, e, após esse período, é imprescindível a renovação da frota. Uma vez que o Programa já conta com 15 anos de existência, ao menos 35 mil veículos já ultrapassaram essas condições e precisam ser substituídos.”

10. Contudo, em descompasso com o cenário de ofertas limitadas, os Estudos Técnicos Preliminares trazem exigências, conforme explicado nos capítulos seguintes, que não podem ser cumpridas por fornecedores, aptos ao fiel cumprimento da contratação, que não acompanharam as reuniões técnicas com a equipe do Programa Caminho da Escola, realizadas entre agosto de 2022 e janeiro de 2023. Isso porque, a redação atual do instrumento licitatório prevê prazos impossíveis de serem cumpridos por fabricantes que somente tomaram conhecimento das especificações e exigências técnicas dos objetos licitados no momento da publicação do Edital.

11. Dessa forma, a atual redação restringe a participação no certame a empresas que já tenham contratado com a Administração Pública, em detrimento de outras entidades empresariais que podem fornecer produtos com tecnologia mais desenvolvida para o atendimento das necessidades expostas nos Estudos Técnicos Preliminares e com uma relação custo-benefício mais vantajosa, em linha com o melhor interesse público.

12. Como a oferta do mercado é restrita e o objeto da licitação deve ser significativamente customizado para atender necessidades específicas do Programa Caminho da Escola, era de se esperar que o Edital e todos os seus anexos fossem elaborados de forma a permitir a participação do maior número de licitantes hábeis possível, aumentando as alternativas de soluções possíveis e potencializando a chance de a Administração Pública realizar a contratação que ofereça o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis.

13. Para tanto, é necessário que as regras previstas sejam claras e não gerem quaisquer dúvidas aos licitantes. Com isso, elencamos abaixo as irregularidades identificadas no Pregão conduzido pelo FNDE que devem ser retificadas por violarem os princípios da Lei 14.133/2021, nos termos do artigo 5º, o qual exige que deverão ser observados, dentre outros, os princípios da legalidade, da transparência, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a garantir plena capacidade de participação de todos os possíveis licitantes para que a Administração Pública possa escolher a proposta mais vantajosa.

IV. DA PRESENÇA DE EXIGÊNCIAS QUE IMPEDEM A COMPETITIVIDADE NO CERTAME

14. No âmbito de um processo licitatório, o edital é o meio pelo qual a Administração Pública torna público o seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, bem como regula os termos segundo os quais avaliará os referidos proponentes (artigos 53 e 54 da Lei nº 14.133/21). Dessa forma, o edital é fase imprescindível para que os interessados no certame possam verificar como, onde e quando deverão oferecer as suas propostas.

15. Considerando que o edital é a matriz de uma licitação e serve, dentre outras finalidades, para dar publicidade à licitação para a população, é apenas a partir da sua efetiva publicação que todos os possíveis interessados passarão a poder se preparar para cumprirem com todas as exigências ali feitas. Toda e qualquer providência tomada pelo órgão da Administração Pública anteriormente à publicação do edital (reuniões, audiências, questionamentos ao mercado, etc) é mera pesquisa e entendimento. Portanto, não se pode exigir dos possíveis interessados que estes tenham total conhecimento das fases preliminares à publicação.

16. Cumpre esclarecer que o princípio da publicidade está previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal Brasileira e é um mandamento de transparência para todos aqueles que lidam com a coisa pública. No caso das licitações, a publicidade do edital, além de proporcionar o acompanhamento e a fiscalização da população e dos órgãos competentes, viabiliza a chegada das informações ao conjunto da sociedade. Garantindo, com isso, assimetria de informações à toda a população e os possíveis interessados.

17. A relevância da publicação de um edital para processo licitatório é ainda mais significativa no presente Edital, que exige a fabricação de um bem extremamente customizado para atender as especificidades e desafios enfrentados pelo Programa Caminho da Escola.

18. Ocorre que, no presente edital, o prazo para a apresentação do Certificado de Adequação à Legislação de Trânsito ("CAT") está previsto no item 4.1 dos Cadernos Técnicos, sendo necessária a sua apresentação quando da avaliação de um protótipo do bem licitado ("Protótipo"). O momento para a referida avaliação consta da seguinte forma:

(i) Termo de Referência:

"4.3. Havendo o aceite da proposta quanto ao valor e após aprovação da documentação exigida para fins de controle de qualidade (fase 1), o interessado classificado provisoriamente em primeiro lugar deverá apresentar protótipo (fase 2), que consiste na 1ª Etapa do controle de qualidade, que terá data, local e horário de sua realização divulgados por mensagem no sistema, cuja presença será facultada a todos os interessados, incluindo os demais fornecedores interessados"

(ii) Edital:

"7.11. Caso o Termo de Referência exija a apresentação do protótipo, o licitante classificado em primeiro lugar deverá apresentá-lo, conforme disciplinado no Termo de Referência, sob pena de não aceitação da proposta.

7.12. Por meio de mensagem no sistema, será divulgado o local e horário de realização do procedimento para a avaliação dos protótipos, cuja presença será facultada a todos os interessados, incluindo os demais licitantes.

7.13. Os resultados das avaliações serão divulgados por meio de mensagem no sistema.

7.14. No caso de não haver entrega do protótipo ou ocorrer atraso na entrega, sem justificativa aceita pelo Pregoeiro, ou havendo entrega de protótipo fora das especificações previstas neste Edital, a proposta do licitante será recusada.

7.15. Se o protótipo apresentado pelo primeiro classificado não for(em) aceita(s), o Pregoeiro analisará a aceitabilidade da proposta ou lance ofertado pelo segundo classificado. Seguir-se-á com a verificação dos protótipos e, assim, sucessivamente, até a verificação de uma que atenda às especificações constantes no Termo de Referência."

19. De maneira contrária, os Estudos Técnicos Preliminares prevêem que:

"3.8.3 O prazo para a produção e a entrega dos veículos previstos nesta contratação será de até 260 (duzentos e sessenta) dias corridos, a contar da data de assinatura do contrato e da ordem de serviço, prevalecendo a data do fato que ocorrer por último, obedecido o escalonamento do cronograma abaixo, no endereço do contratante previsto no instrumento contratual.

[...]

3.8.6 O transporte e a entrega dos veículos são de responsabilidade da contratada e deverão ser entregues conforme quantitativos e endereços dos destinatários a serem fornecidos à contratada, pela contratante, por ocasião da celebração do instrumento contratual.

3.8.7 Os ônibus escolares serão recebidos provisoriamente, no prazo de 20 (vinte) dias pelo(a) responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato, para efeito de posterior verificação de sua conformidade com as especificações técnicas constante dos Cadernos de Informações Técnicas e na proposta.

3.8.8 Os bens poderão ser rejeitados, no todo ou em parte, quando em desacordo com as especificações previstas, devendo ser substituídos e/ou reparados, à custa da contratada, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da notificação da contratada."

20. Da mesma forma, o Edital e seus anexos tampouco prevêem o momento de apresentação, pelo licitante vencedor, do Protótipo. Os itens 7.11, 7.12, 7.13, 7.14 e 7.15 do Edital, bem como os itens 4.3, 4.5, 4.6, 4.7 e 4.8 do Termo de Referência tratam expressamente dos procedimentos para a apresentação e inspeção do Protótipo. Não há, nos referidos itens, qualquer informação sobre o momento em que o Protótipo deverá ser apresentado para a devida inspeção.

21. Como se vê, os documentos que compõem o Edital informam, de um lado, que a avaliação do Protótipo (e a consequente entrega do CAT) será feita em data oportunamente divulgada após a declaração do licitante vencedor. De outro lado, os Estudos Técnicos Preliminares prevêem que será feita em até 40 (quarenta) dias do recebimento provisório. A inconsistência e a ausência de clareza sobre o momento em que será necessária a apresentação do Protótipo e devido o CAT são contrárias ao objetivo de garantir informações claras e precisas aos potenciais licitantes, gerando insegurança jurídica aos possíveis licitantes que tenham iniciado os seus preparativos para participação no certame a partir da efetiva publicação do Edital¹.

22. Assim, é necessário que o Edital e seus respectivos anexos sejam devidamente retificados para que haja adequação quanto ao momento da primeira etapa do controle de qualidade, ou seja, da inspeção do Protótipo e da apresentação do CAT. O novo prazo a ser definido deverá prever, pelo menos, 100 (cem) dias – a contar da data de registro do licitante vencedor para a apresentação do Protótipo – para apresentação do Protótipo e até 180 (cento e oitenta) dias para a obtenção do CAT. Isso porque para que seja possível a obtenção do CAT, o Protótipo necessariamente deverá estar pronto e devidamente ensaiado e testado. O já mencionado fato de que o bem objeto deste Edital trata de veículos fabricados exclusivamente para a demanda do Programa Caminho da Escola exige que os possíveis licitantes só possam iniciar a fabricação de um Protótipo após conhecerem oficialmente as exigências necessárias².

¹ Em linha com as decisões proferidas pelo Tribunal de Contratos da União nos processos (i) TC 027.991/2010-5 (de relatoria do Sr. Ministro Raimundo Carreiro), e (ii) TC-002.258/2008-6; TC-002.427/2008-0 e TC – 002.546/2008-1 (de relatoria do Sr. Ministro Guilherme Palmeira), bem como da decisão do Mandado de Segurança nº 5.655/DF, de relatoria do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, decidido por unanimidade pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

² Em linha com a decisão proferida pelo Tribunal de Contratos da União no processo TC 039.185/2012-5 (de relatoria do Sr. Ministro Marcos Bemquerer Costa).

23. Diferentemente dos veículos padrões que já se encontram prontos para entrega, a fabricação de veículo customizado é esforço que exige tempo hábil. Não obstante o tempo necessário para a fabricação, o Protótipo ainda deverá ser submetido a testes e ensaios devidamente documentados. Dessa forma, para fins de obtenção do CAT, a Portaria nº 990 de 1 de agosto de 2022, da Secretaria Nacional de Trânsito ("SENATRAN" e "Portaria SENATRAN", respectivamente) exige a apresentação (física ou por meio de fotos) de um protótipo do veículo objeto do pedido do CAT, bem como da comprovação dos referidos testes e ensaios.

24. Tendo em vista o exposto acima, o Edital deverá ser retificado para prever tempo incompatível com o necessário para a fabricação do Protótipo e com o prazo previsto no artigo 5º e seus respectivos parágrafos e itens 2.3 e 2.5 do Anexo XI d, todos da Portaria SENATRAN. De acordo com o previsto no mencionado artigo 5º, a apresentação do CAT (após fabricação do Protótipo e realização dos ensaios) deverá ser de, pelo menos, 60 (sessenta) dias após a conclusão dos ensaios do Protótipo, sendo permitida a extensão do prazo nas mesmas condições e proporções do previsto na Portaria SENATRAN, em caso de exigências formuladas pela SENATRAN.

25. Caso o Protótipo e o CAT venham a ser exigidos em momento incompatível com os prazos estabelecidos na Portaria SENATRAN, apenas aqueles que já participaram de licitações anteriores do Programa Caminho da Escola, objeto do Edital, ou acompanham precocemente as discussões relacionadas ao referido programa é que possuem plena capacidade de apresentar o Protótipo e o CAT conforme exigido. Licitantes que tenham tomado conhecimento apenas mais recentemente deste certame não poderão, a partir da publicação do Edital, cumprir tempestivamente todas as exigências feitas.

26. A possível incompatibilidade do prazo supramencionado, caso existente, ferirá o princípio da competitividade na medida em que permitirá a apenas uma parcela dos interessados participar do certame. O próprio FNDE, por meio dos estudos e análises feitas na fase preliminar, reconhece que há no mercado um número restrito de concorrentes possivelmente aptos a fornecerem os bens objeto do Edital. Os itens 4.8.59 e 8.7 do Estudo Técnico Preliminar expressa claramente esse ambiente de ofertas restritas:

"4.8.59 Entende-se que no atual cenário constitui tarefa difícil projetar valores apenas com base em índices inflacionários. Mas, por outro lado, considerar na pesquisa apenas valores obtidos diretamente de fornecedores, em um mercado com número restrito de concorrentes, representa um incremento ao risco de sobrepreço."

"8.7 No atual cenário constitui tarefa difícil projetar valores apenas com base em índices inflacionários. Mas, por outro lado, considerar na pesquisa apenas valores obtidos diretamente de fornecedores, em um mercado com número restrito de concorrentes, em que os quantitativos registrados são vultuosos e com impacto relevante representa um incremento ao risco de sobrepreço."
(grifos nossos)

27. A fabricação de um Protótipo presume, necessariamente, a realização de diversos testes e ensaios para que, somente após devidamente testado, seja efetivamente encaminhado para o local de inspeção. Posto que esse procedimento pode levar meses, a previsão de um possível prazo de 40 (quarenta) dias conforme o que consta no item 4.8.56 do Estudo Técnico Preliminar não é adequado para aqueles licitantes que tenham tomado conhecimento das exigências e necessidades técnicas do bem licitado somente no momento da publicação do Edital.

"4.8.56 Dessa forma, o prazo de análise documental se ampliou para até 20 dias, ou conforme apresentar antecipadamente a licitante possivelmente vencedora do item; e a análise do protótipo, em até 40 dias, considerando todas as alterações pretendidas, ou antecipadamente, caso a licitante assim demonstre capaz de realizar os testes."

28. Exigir, portanto, a apresentação do CAT de forma incompatível com a Portaria SENATRAN, bem como a apresentação do Protótipo em até 40 (quarenta) dias do pregão, impede o ingresso de novos interessados de participarem no certame. Além da restrição concorrencial em um mercado reconhecido pelo FNDE como sendo desafiador e de poucos ofertantes, os prazos previstos no Estudo Técnico Preliminar privilegiam aqueles que já participaram em licitações anteriores do Programa Caminho da Escola e/ou aos que acompanham os preparativos desta licitação desde a sinalização do FNDE de realizar uma nova licitação.

V. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

- (i) seja concedido o efeito suspensivo à presente impugnação para fins de determinar a suspensão Pregão Eletrônico nº 06/2023;
- (ii) no mérito, seja julgado procedente a impugnação ora apresentada;
- (iii) que o Edital e seus anexos sejam republicados para que a devida retificação determine que (a) o Protótipo seja apresentado dentro de 100 dias da declaração da realização do pregão, e (b) o prazo para a apresentação do CAT esteja de acordo com os prazos previstos na Portaria SENATRAN, de forma a possibilitar a participação de novos licitantes no certame; e
- (iv) que seja reaberto novo prazo para início da sessão pública respeitando o prazo mínimo legal.

Nestes termos, pede e espera total deferimento.

De São Paulo para Brasília, 5 de setembro de 2023.

Marcelo Maria Santos
195.394 OAB/SP