

ILUSTRE SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DA BAHIA

Pregão Eletrônico nº 005/2023

Processo Administrativo nº 064/2023

NEO CONSULTORIA E ADMINISTRACAO DE BENEFICIOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o n. 25.165.749/0001-10, com endereço à Alameda Rio Negro, n. 503, sala 1803, Alphaville, CEP 06454-000, Barueri, Estado de São Paulo, endereço eletrônico *felipe.veronez@neofacilidades.com.br*, telefone (11) 3631-7730, comparece perante Vossa Senhoria, muito respeitosamente, por seu representante legal ao final subscrito, para **apresentar**

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

o que faz com esteio no artigo 12 do Decreto Federal n. 3.555/2000 e nas disposições aplicáveis da Lei Federal n. 8.666/93, com base nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

1. EXPOSIÇÃO DOS FATOS

Esta Autarquia Federal publicou o comentado edital com o fim de promover a contratação de empresa especializada na *“Contratação de empresa especializada na prestação de serviço informatizado de gerenciamento de frotas gestão de pagamentos por meio de cartão magnético com chip nas redes de estabelecimentos credenciados de combustível (gasolina comum e aditivada; diesel comum, aditivado S500, S10, biodiesel; etanol comum e aditivado), de óleos lubrificantes, elementos filtrantes para motores a gasolina, a álcool e diesel, conserto leves de borracharia e lavagens veicular para atender demanda dos veículos da frota oficial do Conselho Regional de Farmácia do Estado da Bahia, e demais que vierem a ser adquiridos no decorrer do contrato, conforme especificações contidas neste Termo de Referência..”*, conforme condições, quantidades e exigências contidas no instrumento convocatório e seus respectivos anexos.

Todavia, ao delimitar o conjunto de regras que compõem a estrutura do certame, o órgão contratante estabeleceu condições que inviabilizam a participação da ampla maioria dos licitantes potencialmente interessados e, por isso mesmo, violam os princípios da legalidade, segurança jurídica e ampliação da disputa, causando literal prejuízo ao interesse da coletividade, razão pela qual é manejada a presente impugnação.

2. DAS RAZÕES E FUNDAMENTOS

2.1. DA APRESENTAÇÃO DE LISTA ATUALIZADA DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS EM CONJUNTO COM A PROPOSTA

Vejamos o que diz o instrumento convocatório:

“A proposta deve ser instruída com a lista atualizada contendo os dados de todos os estabelecimentos credenciados no estado da Bahia (razão sócia, nome fantasia, bandeira (se houve), endereço completo, etc.) que realizam todos os serviços objeto desta contratação, considerando as informações contidas neste termo e no Anexo I – DO TERMO DE REFERÊNCIA.”

Ao exigir que a licitante inclua lista atualizada da rede credenciada no momento da apresentação da proposta restringirá o número de empresas que participaram do certame, ao passo que privilegiará as empresas que possuem estabelecimentos credenciados nestas localidades

(sobretudo se já houver uma atual prestadora dos serviços) e, conseqüentemente, impedirá que empresas do ramo de gerenciamento, que embora não possuam a rede credenciada na data da licitação, tem toda condição de credenciar as oficinas dentro de prazo razoável.

A referida exigência mostra-se, portanto, excessiva, contrariando o art. 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02, o qual estabelece que *“a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”*.

E mais, afronta também o disposto na Lei nº 8.666/93, art. 3º, § 1º, *in verbis*:

*“Art. 3º. A licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração** 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. § 1º É vedado aos agentes públicos:*

*I - admitir, prever, **incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991”* (Destques da impugnante).

Deve-se priorizar, portanto, os princípios da razoabilidade, isonomia e legalidade em detrimento dos excessos, não descuidando da finalidade precípua da licitação, que é a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, através da ampla participação dos interessados.

Fala-se neste momento em razoabilidade pois o referido edital deveria exigir a rede credenciada no ato de assinatura do contrato e não no momento da sessão pública. Até porque, como uma empresa irá instituir uma gama de estabelecimentos em uma determinada região somente com a possibilidade de ganhar um certame? Nenhum estabelecimento aceitaria credenciar-se a uma rede, tendo que pagar taxas e aluguéis com base na **possibilidade** daquela empresa ganhar uma licitação.

O TCU já se posicionou em relação às exigências excessivas, no seguinte sentido exigência de rede credenciada na fase de habilitação:

“A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA REDE CREDENCIADA, NO FORNECIMENTO DE VALE REFEIÇÃO, DEVE SER EFETUADA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO E NÃO NA OCASIÃO DA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA, DE FORMA A GARANTIR A ADEQUADA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, SEM COMPROMETER A COMPETITIVIDADE DO CERTAME

*Representação de empresa apontou possível irregularidade na Tomada de Preços CRBio-01 nº 1/2013, conduzida pelo Conselho Regional de Biologia – 1ª Região (CRBio-01), que tem como objeto a contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação – vale refeição, para aquisição de refeições em estabelecimentos comerciais credenciados. A autora da representação insurgiu-se contra a exigência contida no edital do certame que impunha à licitante a apresentação de proposta contendo “6.13.4. Relação dos estabelecimentos credenciados, sendo que num raio 2 km da sede do CRBio-01 em São Paulo, localizada na Rua Manoel da Nóbrega nº 595, Paraíso, bem como num raio de 2 Km da sede das Delegacias Regionais de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, situadas, respectivamente, na Avenida Isaac Povoas no 586, Cuiabá-MT e Rua XV de Novembro no 310, Campo Grande-MS deverá haver, no mínimo, 20 (vinte) restaurantes e/ou estabelecimentos similares credenciados”. Alegou que, em face da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do TCU, somente no momento da contratação seria cabível a demonstração do cumprimento de tal exigência. A unidade técnica considerou consistente tal argumento e, por entender presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, propôs a suspensão cautelar do certame e a oitiva da entidade. O relator ressaltou o fato de que outra cláusula do edital sinalizava a necessidade de apresentação da rede credenciada de restaurantes apenas quando da assinatura do contrato (cláusula 8.1). Ponderou, a despeito disso, que “a inclusão da cláusula 6.13.4, ora impugnada, tornou o edital contraditório, o que pode levar ao afastamento de possíveis empresas interessadas, bem como à eventual desclassificação indevida de propostas de preços”. E também que, conforme jurisprudência do Tribunal. **“o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame”**. A inclusão dessa exigência no decorrer da licitação, portanto, “constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras”. O Tribunal, por sua vez, ao endossar proposta do relator, decidiu: a) suspender cautelarmente o certame; b) promover a oitiva do CRBio e da empresa vencedora do certame acerca da exigência contida no subitem 6.13.4 do edital acima transcrito, “uma vez que, **conforme jurisprudência desta Corte, somente é cabível exigir a rede credenciada na fase de contratação e apenas em relação à licitante vencedora do certame, após concedido prazo razoável para que a empresa credencie os estabelecimentos comerciais** fornecedores de refeição”. Precedentes mencionados: Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012, todos do Plenário. Acórdão 686/2013-Plenário, TC 007.726/2013-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti,*

27.3.2013.” (Destaques da impugnante).

Conforme se denota do julgado acima citado, o correto é que a rede seja apresentada no ato da assinatura do contrato, e ainda que seja concedido prazo razoável para que se efetue o credenciamento dos estabelecimentos. Essa prática tem sido a usual em licitações do mesmo objeto no âmbito da administração pública direta e indireta, pretendendo-se com isso selecionar a melhor proposta.

Cumprе salientar, que a regra estabelecida pela jurisprudência das cortes é de caráter geral e aplica-se para todas as modalidades de serviços que exigem o credenciamento de estabelecimentos, inclusive para o gerenciamento do abastecimento e manutenção de frota.

Ademais, exigir o credenciamento dos estabelecimentos previamente, de modo a formar uma rede de credenciada ampla, implica em um alto custo para as licitantes, vez que para tanto deverão efetuar inúmeras ligações para credenciar os postos, além de ter que enviar equipamentos para a instalação do sistema.

De mais a mais, a exigência prévia de requisitos de qualificação que por sua natureza geram ônus as licitantes é prática vedada pelo Tribunal de Contas da União, que inclusive sumulou a matéria, vejamos:

“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.” (Destaques da impugnante).

Assim, resta cristalino que a apresentação de rede credenciada na sessão pública em conjunto com a proposta não se mostra razoável, vez que sua exigência nessa fase gera custos para as licitantes baseado em uma mera expectativa de se sagrar vencedora, que pode se concretizar ou não. Exigir a apresentação da rede credenciada no momento da sessão pública prejudica o caráter competitivo do certame, uma vez que concede vantagem indevida às empresas que já prestaram serviços para aquele órgão ou que já possuem rede credenciada na região.

É preciso ter claro que existem várias empresas que podem ofertar melhores preços em determinadas regiões, e que por não possuírem, de imediato, a rede credenciada exigida,

não participarão da presente licitação, colocando assim em risco o princípio da proposta mais vantajosa.

O prazo para a apresentação da rede credenciada deve ser no mínimo razoável, pois o credenciamento depende, acima de tudo, da vontade dos donos dos estabelecimentos e não somente da empresa vencedora. Sendo assim, mantido algo em relação a rede credenciada no edital, razoável seria que fosse exigida apenas uma declaração de compromisso, devendo a empresa vencedora firmar o COMPROMISSO de apresentar a rede de credenciados no prazo previsto e não que JÁ DETÉM a rede formada.

Conclui-se, portanto, que a exigência presente na cláusula 4 (DA PROPOSTA) do instrumento convocatório, deve ser objeto de necessária retificação.

2.2. DA EXIGÊNCIA EXCESSIVA DE PAGAMENTO DIGITAL E DA RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE

Em detida análise ao edital, constatou-se ilegalidade, quanto à exigência de sistema que contemple forma de pagamento digital dos combustíveis que serão adquiridos ao longo do contrato.

Conforme se extrai em diversos trechos do Edital, a Administração almeja contratar empresa especializada em serviços de administração e gerenciamento de abastecimento, por meio de cartão magnético com chip. Contudo, o Termo de Referência do instrumento convocatório prevê, de forma genérica, uma exigência sistêmica que não é comumente utilizada como meio de validação das transações, segundo consta no item “h” da cláusula 3:

“O sistema de gerenciamento deve contemplar:

*h) **Permitir que motorista cadastrado abasteça usando pagamento digital (celular, relógio, etc), com segurança e liberdade, sem depender exclusivamente do cartão físico;**”*

Ocorre que há nesta exigência contradição intrínseca, pois espera-se obter segurança em método de pagamento que, justamente por sua falta de controle e segurança, não é utilizado normalmente para o serviço de abastecimento objeto da licitação.

Isso porque o pagamento digital nos moldes estabelecidos, utilizando-se de relógios e celular, não se mostra uma opção viável, pois a utilização destes objetos para pagamento através de sensor de aproximação possibilita que o possuidor do objeto realize o abastecimento, mesmo que não seja de fato um motorista credenciado. Assim, por exemplo, a perda ou roubo do celular/relógio possibilitaria um abastecimento indevido por parte de um possuidor de má-fé, demonstrando a insegurança do método de pagamento.

Além disso, cumpre esclarecer o funcionamento do fluxo de operações de abastecimento e, por isso, é preciso que se tenha em mente que as informações obtidas pelos terminais de leitura (“maquininhas”) no momento das transações, os quais, aliás, são enviados ao sistema para validação da transação, vejamos:

(a) DADOS DO CARTÃO – responsável por identificar no sistema qual o veículo que está realizando o abastecimento, de modo a confrontar as informações relativas do seu cadastro, tais como: placa, modelo, ano, tipo de combustível, quilometragem, etc.;

(b) DADOS DO ABASTECIMENTO – informa os dados da transação, ao sistema o tipo de combustível, a quantidade, o valor total da transação, quilometragem do veículo, matrícula e senha do usuário;

(c) IDENTIFICAÇÃO DO CONDUTOR – Trata-se da informação relativa à matrícula e senha pessoal conferida a cada um dos usuários do cartão.

Com o sistema, essas informações são enviadas instantaneamente ao sistema de gerenciamento de frota da empresa contratada, que, em posse delas, irá validar a transação. Para tanto, verificará:

(a) CADASTRO DO VEÍCULO – com base nos dados do cartão o sistema irá verificar se o veículo está de fato cadastrado no sistema, qual tipo de combustível ele está autorizado a abastecer, qual sua última quilometragem, etc.;

(b) CONDIÇÕES DE ABASTECIMENTO – verifica as restrições inseridas no sistema pelos gestores do contrato, tais como: (i) Saldo disponível; (ii) tipo de combustível autorizado; (iii) restrições de quilometragem; (iv) restrições de valores, quantidades e tempo; etc.;

(c) VALIDAÇÃO DO CONDUTOR – com base na matrícula e senha, o sistema irá identificar condutor, verificar se ele pode abastecer o veículo em questão, etc.

Já a senha é o que evita a fraude, logo, no ato do abastecimento ela é confrontada para validar o abastecimento, garantindo que aquele usuário de fato foi até o estabelecimento e confirmou a transação. Entretanto, no método de pagamento digital, não há como validar a transação, visto que a mera aproximação do aparelho celular autoriza o consumo do abastecimento, sem a necessidade de se informar “senha” responsável pela identificação do motorista.

Ora, sem a utilização do cartão, ou validação da transação junto a gerenciadora, não é possível confirmar a validade da transação, posto que não há como confrontar os dados do abastecimento com aqueles parametrizados no sistema, o que significa dizer que abre-se uma janela para a ocorrência de fraudes, pois, repisa-se, nenhuma das informações será confrontada com os dados contidos no sistema.

Veja, todas as transações devem ser confrontadas com os parâmetros estabelecidos no sistema no ato do abastecimento, pois a realização do abastecimento sem a validação pelo sistema da gerenciadora, além de contrariar os termos do edital, irá possibilitar a ocorrência de fraudes, o que por sua vez pode gerar uma série de apontamentos perante os órgãos de controle externo.

Contudo, se o que o ente contratante espera é a inclusão de método de pagamento “*sem depender exclusivamente do cartão físico*”, para o caso de intercorrência que impeça a utilização do cartão, conforme consta no final da exigência editalícia impugnada, deve ser incluída no item a possibilidade de que o licitante ofereça método de pagamento similar ao pretendido

Para além disso, é uma exigência completamente descabida tendo em vista a realidade do mercado, que não utiliza costumeiramente o pagamento digital através de celular ou

relógio , fato que restringe imensamente a competitividade e, como visto, é vedado pelo art. 3º, I, da Lei nº 8.666/93.

Por todo o exposto, requer que Vossa Senhoria conheça da presente impugnação, para no mérito julgá-la procedente e, conseqüentemente, suprimir a cláusula do Ato Convocatório, considerando que tal previsão permite que ocorram abastecimentos sem qualquer validação da gerenciadora contratada, ou subsidiariamente altere-a a fim de permitir que seja oferecido método similar ao pretendido, como por exemplo, a utilização do *qr code*.

Veja que não há qualquer prejuízo ao órgão contratante, considerando que as transações podem ser realizadas com excelência pelos cartões magnéticos já exigidos no Edital, e na hipótese de transações contingenciais, elas podem ser efetuadas por tele atendimento que funcione 24 (vinte quatro) horas por dia e 07 (sete) dias por semana, que trará mais segurança ao órgão contratante.

3. PEDIDO

Pelo exposto, **requer**:

a) a imediata suspensão do Pregão para fins de retificação do edital que ora se impugna e sua superveniente publicação após sanados os vícios apontados, com observância do artigo 21 da Lei Federal n. 8666/93;

b) caso não seja este o entendimento de Vossa Senhoria, sejam fornecidas cópias do processo administrativo, a fim de que a impugnante possa adotar as medidas cabíveis perante os órgãos de controle externo.

Termos em que pede deferimento.

Barueri, Estado de São Paulo, 22 de maio de 2023.

Neo Consultoria e Administração de Benefícios EIRELI

Rodrigo Ribeiro Marinho – OAB/SP 385.843 - Procurador

Assinado eletronicamente, em conformidade com a MPV n. 2.200-2/2001