

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL
DE ENFERMAGEM DO AMAZONAS.**

PREGÃO ELETRÔNICO: nº 018/2020

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS

EIRELI, inscrita no CNPJ nº 12.039.966/001-11, estabelecida na Rua Rui Barbosa, nº 449, sala 3, Centro, Buri/SP, CEP 18.290-000, Telefone (019) 3114-2705, e-mail: juridico@linkbeneficios.com.br, pelo seu procurador abaixo assinado, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

De acordo com a Lei 10.520/2002 e a Lei 8.666/1993, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

Inicialmente, o interesse da **Link Card**, doravante denominada Impugnante, está no fato de que a licitação tem como objetivo contratar empresa para gerenciamento informatizado de frota no que tange o abastecimento de combustíveis e manutenção, ramo em que a empresa é reconhecida pelos proficientes serviços prestados, especialmente ao Poder Público, haja vista ter firmado uma série de contratos com entidades de expressão nas mais variadas esferas da Administração Pública.

O principal nicho de atuação da Impugnante é o mercado público, sendo recebidos diariamente centenas de e-mails contendo publicações com os seus respectivos extratos de editais referente ao gerenciamento de frota, os quais são encaminhados pelos sites **Conlicitação** e **RHS Licitações**, ambos especializados em seleção de licitações públicas.

Por meio destes sites especializados, a Impugnante recebeu o extrato da licitação pública na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 018/2020 a ser realizado no próximo dia **13 de outubro de 2020**, cujo objeto é a *“Contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados e ininterruptos de administração, gerenciamento, controle e aquisição de combustíveis (gasolina, etanol, diesel S10), via web, com o uso de cartão magnético e de sistema de software de gerenciamento integrado para captura eletrônica de dados nas redes de postos credenciados e destinados ao abastecimento da frota de veículos próprios e locados do Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas.”*

No entanto, conforme se vê no edital há certos vícios, inclusive de legalidade, que maculam o procedimento licitatório.

A primeira, é em relação ao fato de que o certame é exclusivo a ME/EPP, e em razão disso, certamente o certame será deserto, o que causa prejuízo à Administração Pública, além de minimizar a competição, se é que haverá competição.

Seguindo, o edital estipula multa em importe desproporcional, o que minimiza o interesse dos *players* em participar do certame.

Por fim, o ato convocatório é omissivo em relação a aceitação ou não de taxa zero ou negativa, e isso também tem o condão de afastar a melhor proposta da Administração Pública.

Diante disso, espera e requer a suspensão temporária do presente certame, visando a consagração do princípio da competitividade e legalidade, além das alterações no instrumento convocatório para suprimir tais irregularidades.

É o breve relato fático.

2. DAS RAZÕES DE MÉRITO

Nos termos do artigo 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93, é vedado aos agentes públicos inserirem em atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, *in verbis*:

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.

*§ 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;

No mesmo sentido, o art. 3º, II da Lei 10.520/02 estabelece que na fase preparatória do pregão o administrador público tem a obrigação de definir corretamente o objeto, sendo vedadas as especificações excessivas, irrelevantes e desnecessárias que limitem a competição, vejamos:

*Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;*

Assim, considerando as restritivas e ilegais cláusulas inserida no edital de Pregão Eletrônico 018/2020, não resta alternativa à Link Card, ora Impugnante, senão apresentar as inclusas razões, para que seja sanado os vícios neste instrumento convocatório.

2.1. QUANTO A EXCLUSIVIDADE À ME/EPP

O edital, no item 3.1, restringe o certame a apenas Micro Empresas, Empresas de Pequeno Porte, no entanto, ao fazê-lo acaba por reduzir indevidamente a competição, vejamos a letra do item em questão:

3. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO.

3.1. Para o item único desta licitação, há participação é exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

De fato, a legislação prevê essa possibilidade, no entanto, a licitação só será exclusiva se o valor da contratação for inferior ao importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme consta no art. 48, I da Lei Complementar 123/06, vejamos:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (g.n)

Ainda que o certame tenha como valor estipulado, valor inferior ao limite do valor estipulado no inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/06, tal dispositivo não se aplica quando a contratação de empresas de pequeno porte ou microempresas não for vantajoso para a Administração Pública, vejamos o que dispõe o art. 49, II e III da Lei Complementar 123/2006:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...]

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

[...](g.n)

Anote-se que, esta impugnante desconhece empresas qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no local ou na região do órgão licitante. São poucas as empresas que atuam nesse mercado de gerenciamento dada a complexidade do objeto, portanto ao se limitar à ME/EPP, se restringe drasticamente à competição.

Não obstante, ainda é prudente destacar que minimizar a competição se traduz em minimizar a possibilidade de que a Administração Pública obtenha a melhor proposta, pois reduz a disputa, e isso claramente não é vantajoso e representa prejuízo.

Veja que, o procedimento licitatório prestigia a competição para que, a Administração receba mais propostas e ocorra uma disputa entre os *players* e isso implica diretamente na busca pelo Interesse Público.

É lógico que, quanto mais competidores, maior será a batalha para ofertar um valor cada vez menor, prestigiando também o princípio da economicidade, pois a Administração poderá “fazer mais com menos”.

Com efeito, a ilegal restrição contribuirá tão somente para reduzir o número de participantes, prejudicando em demasia o princípio da competitividade e concorrência, tornando o procedimento licitatório nulo de pleno direito.

Tanto é verdade que recentemente a Impugnante apresentou impugnação no certame do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO - Delegacia Federal de Agricultura no Amazonas em Manaus, teve seu pedido indeferido, e posteriormente o certame foi deserto.

Ocorre que, a lista de certames que são desertos em razão de serem exclusivos à ME/EPP, não se limita ao certame do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em Manaus/AM.

O certame citado é apenas um exemplo, basta que o órgão diligencie para poder concluir que não existem *players* locais, sejam elas ME, EPP ou de quaisquer portes, de modo que viabilize a disputa.

Portanto, faz-se imprescindível que o certame seja “aberto” a todas as empresas que tenham interesse no objeto, de forma à se evitar que a licitação seja deserta, e ainda nula, por restringir a competição de forma ilegal.

A exigência estabelecida no edital mostra-se, excessiva, contrariando o art. 3º, II, da Lei 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 não bastando o excesso, mais

importante é que a limitação prevista no edital se traduz em grave vício de legalidade, o que macula o procedimento licitatório e a futura contratação que se pretende fazer.

Assim, pugna para que o certame seja aberto a toda e qualquer empresa que se interesse pela contratação, em respeito à ampla competição e à legalidade.

2.2. QUANTO A MULTA EXCESSIVA

Em relação as sanções, o instrumento convocatório trouxe multas no importe de até 25%, o que é extremamente alto nesse tipo de contratação, vejamos o trecho do edital que estipula multa em valores elevadíssimos:

26.4.2. Multa de 25% (Vinte e cinco por cento) sobre o valor estimado do(s) item(s) prejudicado(s) pela conduta do licitante;

Tratando-se da atuação administrativa, é preciso que se observe todo o ordenamento jurídico pátrio, de modo a evitar, tanto a prática de atos contrários ao interesse da Administração pelo particular, quanto o cometimento de excessos por parte do Poder Público.

Pensando nisso, tem-se que a Administração Pública não pode utilizar do seu poder sancionador para aplicar multas excessivas e desarrazoadas às empresas contratadas, visto que ao fixar um valor exagerado a Administração pode causar dano tão grave ao particular, de modo que inviabilize a sua atividade.

Assim, os Tribunais de Contas e a Jurisprudência no geral já decidiram acerca da limitação das sanções de multa no contrato administrativo, chegando à estipular um teto de 10% sobre o valor da contratação, como se vê:

*Tribunal de Contas da União, no Acórdão 597/2008 – Plenário:
“9.1.19. promova a pertinente adaptação da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, vez que referido dispositivo prevê a possibilidade de cumulatividade de aplicação de penalidades pecuniárias por atraso na execução do objeto contratual as quais poderão importar em extrapolação do limite*

de 10% previstos no Decreto nº 22.626, de 07/04/1933 (consoante entendimento exposto pelo TCU no TC – 016.487/2002-1 – Representação – Acórdão nº 145/2004 – Plenário).” (TCU Acórdão 597/2008 – Plenário – DOU 14/04/2008).

Dessa forma, de acordo com princípios, legislação e precedentes dos Tribunais de Contas, conclui-se que as multas sancionatórias devem observar um limite percentual máximo de 10%.

Digno de nota é observar que a atividade de gerenciamento de frota se trata apenas de um arranjo de pagamento, mediando as transações entre pessoas jurídicas distintas.

Doutrinariamente, essa atividade é denominada como quarteirização, pois a empresa gerenciadora fornece um sistema informatizado via *web*, ou seja, uma ferramenta com cadastro individual de veículos e condutores, emissão de cartões e relatórios.

Ademais, é fornecida uma rede de postos de estabelecimentos comerciais, por sua vez, a Administração Pública transaciona na rede credenciada por meio do sistema eletrônico informatizado.

Com o prazo de fechamento estipulado, é apurado o consumo e emitida a fatura para pagamento por parte da Administração Pública. Desse modo, com o pagamento a gerenciadora faz o repasse do pagamento aos estabelecimentos credenciados.

Então, vale observar que a remuneração da gerenciadora se dará tão somente em cima da taxa de administração que, por vezes, pode ser em forma de desconto a Administração Pública, restando tão somente a remuneração oriunda da taxa cobrada da rede credenciada.

Logo, a incidência da multa nesses importes é extremamente oneroso, pois conforme demonstrado o lucro obtido pela gerenciadora é extremamente baixo e muito *a quem* do valor da contratação, nota-se ainda que a maior parte do valor é de direito dos estabelecimentos que, realizaram os abastecimentos e fornecimento dos produtos a Contratante.

2.5. QUANTO A OMISSÃO ACERCA DA ACEITAÇÃO DE TAXA ZERO OU NEGATIVA

Vale reiterar a natureza do objeto licitado, o qual envolve a disponibilização de um meio de pagamento informatizado via cartão para pagamento das aquisições de combustíveis em rede de estabelecimentos credenciados, bem como realização de serviços de manutenção preventiva e corretiva de acordo com o edital.

Pois bem, por se tratar de um meio de pagamento, a empresa gestora de cartões tem diferentes fontes de ganho: **(i)** cobrança de taxa de administração do usuário do cartão; **(ii)** cobrança de taxa de administração do estabelecimento credenciado; **(iii)** antecipação de recebíveis dos estabelecimentos; **(iv)** aplicação dos valores até a realização do repasse.

Dentre as variáveis de recebimento de receita, a empresa gestora de frota poderá conceder um desconto ao órgão contratante, optando por não receber nada diretamente dele, para se remunerar das outras fontes de receita, sem que isso torne a proposta inexecutável.

A esse desconto ofertado nas licitações de cartões, bilhetes de aérea via agência de turismo, planos de saúde, atividades de intermediação, dá-se o nome de taxa de administração igual a zero ou negativa, o qual tem inclusive previsão legal na Esfera Federal no art. 18, da Instrução Normativa nº 1234/12:

Art. 18. omissis
[...]

§ 2º Não havendo cobrança dos encargos mencionados no § 1º, a empresa intermediária deverá fazer constar da nota fiscal a expressão “valor da corretagem ou comissão: zero”.

Portanto, é comum a oferta de taxas de administração iguais a 0 ou negativas, sem que isso represente proposta inexequível, visto que a empresa possui diferentes fontes de ganhos, podendo abrir mão de uma delas e remunerar-se pelas outras.

O TCU na decisão 38/1996 do Plenário, entendeu plenamente possível e viável ofertas negativas ou de valor zero, não implicando que sejam necessariamente inexequíveis, devendo ser naturalmente verificada a sua compatibilidade com o mercado, *in verbis*:

2. Deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

A falta de previsão no edital quanto a possibilidade de oferta de descontos contribui de forma reflexa para a busca da proposta mais vantajosa. A Administração, caso desejasse não contar com taxas negativas, deveria ser estudado e justificado expressamente no processo, transcreve-se julgado do Tribunal de Contas da União:

*“Em procedimentos licitatórios para operacionalização de vale refeição, vale alimentação, vale combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, em cada caso concreto, se a admissão de ofertas negativas é exequível, **a partir de critérios previamente fixados em edital**” (TCU – Acórdão nº 1.556/2014, Segunda Câmara Rel. Ana Arraes em 14/04/2014) (g.n)*

Ainda assim, cabe destacar que a decisão acima não veda a oferta de desconto, sobretudo, porque o Tribunal de Contas da União possui firme jurisprudência no sentido de que o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa por si só não implica em sua inexecutabilidade, pode ser citada ainda a seguinte deliberação:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação. (Acórdão 1034/2012-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

Além destas decisões do Tribunal de Contas da União que afasta a tal previsão editalícia, pode ser citada ainda uma série de decisões que caminham no sentido de que não deve ser vedada a oferta de taxas negativas, tampouco omitida a informação:

7. Isso porque, conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias). (Decisão 38/1996 - Plenário)

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011-CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso

concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário; (Acórdão 1556/2014 - Segunda Câmara. Processo TC 033.083/2013-4. Relator: Ana Arraes)

No passado a equipe de licitação do STF – Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema, entendendo ser absolutamente possível a oferta de taxas negativas na licitação para gerenciamento do abastecimento de combustível de sua frota, *ex vi*:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2008

Processo nº 330.282

Trata-se de pedido de impugnação encaminhado pela EMBRATEC – Empresa Brasileira de Tecnologia e Administração de Convênios Ltda., CNPJ nº. 03.506.307/0001-57, no uso do direito previsto no art. 18, do Decreto 5.450/2005 e Seção XXIII do Edital, interessada em participar do Pregão Eletrônico nº. 1/2008, que tem por objeto a contratação de serviços de administração e gerenciamento informatizado do abastecimento dos veículos oficiais do STF, com tecnologia de cartão eletrônico, em rede de postos credenciados.

(...)

5. Salvo melhor juízo, o entendimento da empresa impugnante não pode prosperar. Aliás, o critério de julgamento foi objeto de análise pelos órgãos setoriais do Tribunal, em especial, pela Secretaria de Controle Interno, inclusive com a chancela da Assessoria Jurídica.

6. Ademais, o item 4.2 do Edital determina o registro da proposta considerando uma fórmula que permite a cotação de percentual de desconto sobre o preço do combustível e de percentual de acréscimo a título de taxa de administração, conforme transcrição abaixo:

“4.2. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, a licitante deverá consignar, em campo adequado do sistema eletrônico, o valor resultante da aplicação da fórmula abaixo:

$$100 \times (1 - P) \times (1 + T) = K,$$

onde: P = percentual de desconto sobre o preço do combustível;

T = percentual de acréscimo referente a Taxa de Administração;

e

K = preço global

4.2.1 *O percentual de acréscimo referente à taxa de administração deverá ser aplicada sobre o valor mensal total de gastos com combustíveis, já considerados e inclusos os tributos, tarifas, materiais, cartões eletrônicos e todas as despesas decorrentes da execução do objeto;*

4.2.2. *O percentual de desconto é opcional: a licitante poderá ofertar percentual de desconto igual a zero.*

4.2.3 *O percentual de acréscimo referente à taxa de administração, ao final da fase de lances, não poderá ser maior que 8,5%. “*

*7. Assim, a empresa contratada será remunerada pelos serviços prestados considerando a aplicação do percentual de acréscimo que cotar na licitação, o qual incidirá sobre o valor total mensal de gastos com combustíveis. **Já o percentual de desconto, que é opcional, incidirá sobre o preço do combustível na bomba.***

*8. **Não procede, portanto, a alegação da licitante de que a contratada terá que pagar ao órgão contratante para prestar-lhe um serviço.***

9. Administrativamente, há precedentes no âmbito das licitações, a exemplo do Pregão Eletrônico STF nº 106/2007 - Contratação de empresa para realizar intermediação de serviços de assistência médico-hospitalar e de serviços auxiliares de diagnóstico e terapia aos beneficiários do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Supremo Tribunal Federal – STF-MED, onde foi aplicada a formulação matemática de forma semelhante.

(...)

*13. **Ademais, o preceito contido no artigo 48, §1º da Lei nº 8.666/1993, nem a legislação de regência, não têm o condão de afastar decisões administrativas de vanguarda e que estão em consonância com os princípios licitatórios da vantajosidade, da economicidade, ou seja, do ideário da licitação que é o menor preço.***

(...)

CONCLUSÃO

Posto isto, e com base em tudo que dos autos consta, com fundamento no art. 18, §1º, do Decreto nº 5.450/2005 e na Seção XXI do Edital, julgo improcedente o pedido de impugnação, mantendo-se a data de abertura para o dia 28/1/2008, às 14 horas.

Brasília, 25 de janeiro de 2008.

Leonora Campos Alcântara Pregoeira

Segundo os doutrinadores Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti o critério taxa reflete a disputa, ganhando aquele que oferta o maior desconto (taxa negativa):

“De acordo com esse critério de julgamento, vence a licitação a empresa que oferece a menor taxa de administração, podendo ser, inclusive, de 0% (zero por cento) ou negativa, como admitido no Acórdão nº 552/2008, Plenário, que assim assentou: 9.2.1. [...] a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93”.

Dentro deste quadro, de rigor que os descontos devem ser admitidos na licitação em pauta, por ser um **direito líquido das licitantes de oferta descontos** o que vem de encontro com a necessidade do órgão de obter a proposta mais vantajosa, mas, diante da cláusula impugnada, corre-se o risco desse direito ser inviabilizado.

3. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer a esse Nobre Pregoeiro que RECEBA a presente Impugnação e suspenda o certame, para que se proceda as correções apontadas, conforme os termos apontados.

Nestes termos e com os inclusos documentos, pede provimento ao presente.

Buri, 05 de outubro de 2020.

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI
FELIPE FAGUNDES DE SOUZA
OAB/SP 380.278