

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL
DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL – COREN MS.**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 17/2020
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 12/2020**

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 PREGÃO ELETRONICO

Com fundamento nas Leis 8.666/93 e 10.520/2002, pelos fatos e
fundamentos a seguir expostos:

1 – DOS FATOS:

“Ab initio”, cumpre esclarecer que a empresa Link Card, adiante denominada impugnante, é uma das maiores empresas do ramo de gerenciamento informatizado de frota no tocante aos abastecimentos e manutenções. Por exercício de sua atividade, a Impugnante consagrou-se no ramo de mercado público, possuindo um vasto rol de clientes dentro dos órgãos das mais variadas esferas da Administração Pública.

Desta maneira, por possuir uma estrutura especializada nas buscas e capturas de editais, chegou ao conhecimento do edital publicado pelo COREN-MS do Pregão Eletrônico nº 17/2020, com a abertura da sessão prevista para o dia 11/08/2020 às 09:00h no portal de compras do Governo Federal, cujo objeto consiste em: *“escolha da proposta mais vantajosa para a Contratação, pelo Sistema de Registro de Preço, de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços que utilize tecnologia de cartão magnético com administração e controle (auto gestão) da frota do Conselho Regional de Enfermagem do Mato Grosso do Sul – Coren/MS, com operação de sistema informatizado via internet, por meio de redes de estabelecimentos credenciados para manutenção preventiva e corretiva (incluindo o fornecimento de peças e acessórios, serviços de mecânica geral, funilaria, pintura, eletricidade, ar condicionado, trocas de óleo e filtros, alinhamento de direção, balanceamento, reparos dos pneus, lavagem e aspiração geral dos veículos, revisão geral, serviço de guincho e o abastecimento de combustíveis (álcool, gasolina e diesel), óleo de motor e serviços de manutenção leves em postos para a frota dos veículos oficiais – automóveis tipo passeio e camionete, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos”*.

Cabe salientar, que a Impugnante, devido sua atuação quase que totalmente voltada ao mercado público, possui expertise técnica e amplos conhecimentos na execução do objeto do presente certame. Sendo assim, identificou determinados pontos controversos no edital, eivados de certos vícios fazendo-se por necessário o ataque a certos pontos do instrumento convocatório que podem macular o processo licitatório, conforme será demonstrado.

Primeiramente, verifica-se que o edital contém a exigência de que as licitantes apresentem atestado de capacidade técnica demonstrando experiência mínima de 5 anos, adiante, prevê a necessidade de apresentação de declaração assumindo o compromisso de instalação de escritório na cidade de Campo Grande – MS, ambas exigências oriundas de Instrução Normativa, onde o tipo de serviço não se adequa com o objeto do presente edital, trazendo riscos a Administração Pública, e, se persistirem, frustrarem o caráter competitivo do certame.

Consta também, a aplicação de multa sancionatória com valor superior ao que determina a lei, infringindo o princípio da legalidade e que merece a devida atenção, bem como, no mesmo sentido, a inserção de itens sancionatórios como a tabela ANS, que prevê descontos inaplicáveis ao objeto em comento.

É também, objeto de destaque, a exigência de que seja apresentada na sessão pública a rede credenciada, de modo amplo, demonstrando o equívoco presente no edital, visto que, tal determinação é contrária ao entendimento do Tribunal de Contas da União.

Por fim, mas não menos importante, o edital é omissivo no que se refere a previsão de critérios para correção monetária de valores, o que torna o edital ilegal, pois, fere, também, o aclamado princípio da legalidade ao se omitir de cláusula que expressamente deve constar na lei.

2 - DO DIREITO

Nos termos do artigo 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93, é vedado aos agentes públicos inserirem nos atos convocatórios 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 artigo 3º, II da Lei 10.520/02 estabelece que na fase preparatório 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, senão 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 restritiva e ilegais cláusulas inseridas no edital de Pregão Eletrônico 17/2020, não resta alternativa à Link Card, ora Impugnante, senão apresentar as inclusas razões, para que sejam sanados os vícios neste instrumento convocatório.

2.1 - DA EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA:

O instrumento convocatório, em seu item 9.11 prevê os documentos necessários a serem apresentados em relação a qualificação técnica exigida para os licitantes. Entretanto, dentre estes documentos, estão os atestados de capacidade técnica, exigência comum dentre os editais do ramo, todavia, o exigido no presente é extremamente excessivo em suas disposições, senão vejamos:

9.11.1. Comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

9.11.1.1. Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a serviços executados com as seguintes características mínimas:

*9.11.1.1.1. Deverá haver a **comprovação da experiência mínima de 5 (cinco) anos na prestação dos serviços, sendo aceito o somatório de atestados de períodos diferentes, não havendo obrigatoriedade de os 5 (cinco) anos serem ininterruptos**, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n.5/2017.*

9.11.1.2. Os atestados deverão referir-se a serviços prestados no âmbito de sua atividade econômica principal ou secundária especificadas no contrato social vigente;

9.11.1.3. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior, conforme item 10.8 do Anexo VII-A da IN SEGES/MP n. 5, de 2017.

É sabido que exigir o atestado de capacidade técnica é comum nos editais, haja vista a necessidade de aferir se as licitantes estão aptas para prestar o serviço e satisfazer o contrato que será celebrado.

Nota-se que o presente edital prevê tal disposição, entretanto, ela é excessiva, pois requer que a licitante comprove experiência mínima de 5 anos, com somatório de períodos diferentes, sem que haja a obrigatoriedade de os 5 anos serem ininterruptos.

A princípio, pode-se observar que esta exigência está prevista no artigo 30 da lei de licitações, contudo, referida lei ao ser editada deixou de abordar os critérios objetivos e de aceitação desses atestados, permitindo ampla interpretação do sentido normativo. Com isso, foram surgindo instruções normativas, com o intuito de guiar os órgãos públicos na elaboração de seus editais e do que deve ser exigido, como é visto no caso em tela.

O presente edital, nos itens que se referem a apresentação dos atestados, fora elaborado com base no item 10.7 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n.5/2017, que nos diz que:

10.7. No caso de contratação de serviços por postos de trabalho (alínea “c” do subitem 10.6), será aceito o somatório de atestados que comprovem que o licitante gerencia ou gerenciou serviços de terceirização compatíveis com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos.

10.7.1. É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata o subitem 10.7 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

A leitura do presente item, nos remete a leitura da alínea “c” do item 10.6, abaixo transcrita:

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

(...)

c) no caso de contratação de serviços por postos de trabalho:

c.1. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for superior a 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;

c.2. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação.

Através da leitura dos itens acima, pode-se concluir, que o N. Pregoeiro na elaboração do instrumento convocatório confundiu-se quanto a natureza do objeto licitado, pois, veja bem, os itens transcritos da supracitada instrução normativa, referem-se às atividades terceirizadas de serviço meio, como, por exemplo, de serviços de limpeza, onde a contratada deverá ter em seu quadro, funcionários que prestarão serviço exclusivamente junto a contratante, o que não é o caso da contratação do edital em comento.

Para entender melhor, cabe aqui, explicar a natureza do serviço ora licitado que é prestado por esta peticionante. O sistema de gerenciamento de frota e abastecimento é conhecido como quarteirização da atividade final, caracterizando-se por uma centralização dos serviços em uma só gerenciadora. Desse modo, a gerenciadora possui uma rede credenciada que está apta a fornecer os produtos e serviços licitados pela Administração com vistas ao melhor preço a ser ofertado.

Esse novo paradigma substitui a tradicional contratação direta com os prestadores dos serviços de manutenção de veículos e fornecedores de combustíveis. Afinal, adota-se sistema centralizado em uma só empresa gerenciadora, possibilitando que pequenos estabelecimentos, inclusive em cidades do interior, possam credenciar-se junto à empresa gerenciadora contratada pela Administração, o que lhes ensejará prestar

serviços cujo acesso era antes inviável, em atenção ao objetivo da licitação que busca o desenvolvimento nacional sustentável.

Com efeito, a gerenciadora atua também, como meio de pagamento, pois as transações são realizadas via sistema e cartão, de modo que o pagamento é realizado nos prazos previstos em contrato da administração pública para a contratada, e posteriormente a contratada realizará o repasse dos valores referentes aos serviços prestados para as empresas credenciadas.

Dessa feita, conclui-se que a adequação do edital à instrução normativa já explicitada acima, foi feita de forma equivocada, tanto pela natureza do serviço, quanto no que diz respeito aos postos de trabalho, tão simplesmente pelo fato de que a gerenciadora e o modelo de quarteirização não usam dos referidos postos de trabalho, como ocorre com a terceirização. Na quarteirização, a gerenciadora é apenas um meio facilitador de pagamento, que não possui postos de trabalho em seu sistema, porque não tem funcionários exclusivamente prestando serviços a contratante.

Sendo assim, não há como exigir das licitantes que apresentem um atestado de capacidade técnica que não condiz com o objeto do certame, pois, frise-se, novamente, a natureza do serviço buscado pela Administração Pública é diferente da que consta no edital e na instrução normativa que a parametrizou.

Note-se nobre pregoeiro, que o que se busca aqui, não é que se retire a exigência de apresentação do atestado e sim, que o atestado exigido seja condizente com a natureza do serviço, respeitados os ditames legais e os princípios norteadores do direito.

Nesta toada, cabe salientar que é comum nos editais que os atestados sejam exigidos, pois como explica Marçal Justen Filho em seu livro Curso de Direito Administrativo:

A qualificação técnica é a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis. (JUSTEN FILHO, 2015)

Entretanto, esses atestados devem guardar finalidade no fato de comprovar que as empresas possuem capacidade de gestão, tanto no que diz respeito a parte técnica, que advém dos serviços anteriormente prestados de maneira qualitativa, como também, no que concerne a sua capacidade de gerir, também, seus prestadores de serviços.

Neste sentido, temos a súmula 263 do TCU, in verbis:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Também se torna desarrazoado, que o edital que tem vigência prevista de 12 (doze) meses, embora com a possibilidade de prorrogação, exija atestado de capacidade técnica de um período deveras superior ao tempo que vigorará. Nessa linha, a lei 8.666/93 é clara ao limitar que a documentação relativa a qualificação técnica deve guardar relação de características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, conforme se depreende do inciso II do artigo 30 do dispositivo, abaixo transcrito:

*“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)*

***II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;” (grifo meu).*

Em outras palavras, é legal a exigibilidade dos atestados, mas, os mesmos devem ser exigidos da maneira e forma adequada ao objeto licitado, sendo observado também, sempre, o princípio da razoabilidade, para, não frustrar o caráter competitivo do certame.

Através de todo o exposto, se faz, portanto, necessária a alteração do item 9.11.1 do edital, realizando sua adequação para que os atestados de capacidade

técnica exigidos estejam em conformidade com o objeto licitado em características e preços.

2.2 - DA EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INSTALAÇÃO DE ESCRITÓRIO NA CIDADE DE CAMPO GRANDE/MS:

Em seu item 9.11.2, o edital prevê que as licitantes deverão apresentar declaração de instalação de escritório na cidade de Campo Grande – MS, in verbis:

9.11.2. Declaração de que instalará escritório na cidade de Campo Grande/MS, a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato, em cumprimento ao disposto no item 10.6, 'a', do anexo VII da IN SLTI/MP nº 05/2017, conforme modelo do Anexo deste Edital. Caso a licitante já disponha de matriz, filial ou escritório no local definido, deverá declarar a instalação/manutenção do escritório.

Neste item, novamente pode-se notar o equívoco havido pelo ilustre preceptor do certame, ao realizar a exigência de instalação de escritório na cidade de Campo Grande/MS.

Como já citado, o modelo de prestação de serviços realizados em uma quarterização muito se difere dos de uma terceirização, e nesse caso, não há a necessidade de que seja instalado um escritório na cidade, pois, toda a atuação da gerenciadora é realizada de forma remota.

A natureza do serviço prestado é de cunho tecnológico, ou seja, todo o acesso ao sistema é realizado de maneira remota, via web, pois assim, os técnicos conseguem fornecer a contratante e as credenciadas todo o suporte necessário para a prestação do serviço.

Com base nisso, exigir que a futura contratada possua um escritório local só irá demandar em um aumento de custos para a administração, visto que, os custos necessários para a instalação do mesmo, e a consequente contratação de alguém para atuar como preposto além dos custos que serão gerados, irá trazer demais gastos a gerenciadora, haja vista a necessidade de compor toda a estrutura comercial e administrativa, e, por isso,

as licitantes incluirão esse custo na proposta final, repassando-o a contratada e não obterão melhora alguma na prestação do serviço, visto que, tudo pode ser realizado “on-line”.

Ademais, qual o intuito da contratante em desejar um escritório local? Novamente, confunde-se com o instituto da terceirização, onde é necessária a existência dos escritórios locais, pois os mesmos, tem a necessidade de gerir os funcionários por ela contratados durante a execução dos serviços. Já no caso em tela, não há que se falar em escritórios e nem em funcionários contratados para executar o serviço junto a localidade das contratantes, visto que, o serviço prestado demanda de natureza totalmente tecnológica.

Ora, como bem explicitado, a contratada possui departamento técnico hábil para acessar remotamente o sistema com os reparos técnicos necessários, portanto, claramente a exigência de escritório local, se torna obsoleta. Ainda há de se frisar que caso seja necessário a visita técnica de algum funcionário junto a contratante ou as empresas credenciadas, a empresa possui vasto número de funcionários, que caso solicitado, conseguiriam chegar em tempo hábil a prestar os reparos técnicos necessários, mas novamente dizendo, quando, e se, necessários.

Acrescente-se ainda, que hodiernamente, nosso país conta com uma expressiva malha aérea que possibilita o deslocamento em menos de 24 horas para qualquer localidade dentro do território nacional.

Neste sentido, foi firmado pelo Tribunal de Contas da União, em casos semelhantes, o entendimento de que é dispensável qualquer estrutura ou preposto no local da licitação no que se refere as atividades remotas, vejamos:

LICITAÇÕES. DOU de 23.08.2011, S. 1, p. 101. Ementa: o TCU deu ciência à ANVISA sobre a impropriedade caracterizada pela exigência de que a empresa licitante utilize instalação própria ou localizada em uma cidade específica, salvo quando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços a serem prestados, fere o princípio da isonomia e restringe o caráter competitivo da licitação, em ofensa ao art. 3º, “caput” e §1º, inc. I, da

Lei nº 8.666/1993 (item 9.2.2, TC-019.772/2011-4, Acórdão nº 6.463/2011-1ª Câmara).

Sendo assim, resta claro que esta exigência de escritório local deve ser revista pela municipalidade, pois, a manutenção da mesma fere a observância do interesse público, bem como a do princípio da legalidade, e, também, restringe o caráter competitivo da licitação, trazendo ao invés de benefícios, prejuízos a Administração Pública, não se afastando, ainda, a clara quebra da isonomia, pois beneficiaria eventuais empresas já instaladas na localidade.

2.3 - DA EXCESSIVIDADE DA MULTA SANCIONATÓRIA:

No que se concerne as sanções administrativas, o instrumento convocatório previu, no caso de inadimplemento contratual o percentual da multa a ser aplicada à contratada. Entretanto, esse percentual atinge um importe de 15%, o que é um índice muito elevado neste tipo de contratação, in verbis:

21 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.

(...)

21.4.2 Multa de 15 % (quinze por cento) sobre o valor estimado do(s) item(s) prejudicado(s) pela conduta do licitante;

Em tratando-se da atuação administrativa, devem ser observados os preceitos e princípios constitucionais e de todo o restante do ordenamento jurídico para que se evite, 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 a estipular um valor máximo 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 os princípios, a legislação e precedentes das Cortes de Contas, abstrai-se que as multas sancionatórias devem observar um limite percentual máximo de 10%.

Devemos ainda, acrescentar, que a atividade de gerenciamento de manutenção de frota trata-se apenas de um arranjo de pagamento, ou seja, um intermédio entre as transações realizadas.

Explico. Doutrinariamente, essa atividade é denominada como “quarteirização”, pois a empresa gerenciadora fornece um sistema informatizado via web, cujo mesmo atua em forma de ferramenta com cadastro individual de veículos e condutores, emissão de cartões e relatórios.

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

Com o prazo de fechamento, 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, é em forma de desconto a Administração Pública, restando tão somente a remuneração oriunda da taxa cobrada da rede credenciada.

Sendo assim, portanto, a incidência da multa sancionatória nesses importes é extremamente onerosa, pois, conforme fora demonstrado o lucro obtido pela gerenciadora é muito ínfimo se comparado ao valor da contratação, pugnando-se por tanto, que os importes sejam retificados para percentuais máximos de 10% (dez por cento), guiando-se sempre tal aplicabilidade pelos parâmetros legais e pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

2.4 - DA INSTITUIÇÃO DO ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO – ANS:

O edital prevê a existência da tabela para avaliação do Acordo de Nível de Serviço – ANS, que nada mais é, do que um indicador, que prevê “metas“ que devem ser cumpridas, mensurando a qualidade e eficiência dos serviços contratados.

Não obstante a isso, esse indicador prevê descontos a serem realizados no recebimento da contratada em detrimento da avaliação negativa realizada pela contratada, ou seja, nada mais é, do que uma forma de punição descaracterizada.

O óbvio, é que é responsabilidade da contratada entregar o serviço com excelência, todavia, o certame em tela é para a contratação de gerenciamento e manutenção de frota e abastecimento, ou seja, conforme já explicitado, a gerenciadora faz o intermédio, mas quem executa o serviços solicitados pela Administração Pública são os estabelecimentos credenciados.

Nota-se que qualquer dos licitantes não possui qualificação técnica suficiente, nem *know-how*, para realizar por si a manutenção ou o abastecimento de um veículo, e nem o faz, até porque, sendo assim, o objeto da presente licitação não seria esse.

Nesse sentido, não é justo que a Administração imponha uma punição a contratada, como por exemplo a descrita na tabela 2 do item 6.9, que se repete no item 17.6 do Termo de Referência que nos diz:

6.9. As glosas nos pagamentos, a que se sujeita a CONTRATADA, terão como Referência a Tabela 2 – Referência para glosa de Ordem de Serviço - OS.

Tabela 2 – Referência para glosa de OS		
Referência para glosa		
Descrição	Referência	Grau
Descumprir os prazos estipulados no Termo de Referência	Por ocorrência	2
Utilizar peças, acessórios ou componente em desacordo com as especificações.	Por ocorrência	3
Não apresentar as peças, acessórios ou embalagens ao Fiscal de contrato após a sua substituição	Por ocorrência	2
Não atender as solicitações do Coren/MS quanto a prestação dos serviços demandados	Por ocorrência	2
Suspender ou interromper, salvo motivo por força maior ou caso fortuito que sejam justificados e aceito pelo Coren/MS, os serviços solicitados	Por ocorrência	2
Acumular 2 (duas) advertências em um período de 6 (seis) meses.	Por ocorrência	2
Acumular 4 (quatro) advertências em um período de 12 (doze) meses.	Por ocorrência	3
Na hipótese de rescisão contratual por inexecução parcial ou total do Contrato	***	5
Não apresentar documentação exigida da empresa ou dos profissionais prevista no Edital	Por ocorrência	2

OBS: Tabela incompleta, utilizada apenas a título exemplificativo.

A presente tabela, ao definir o grau da punição, usa de critérios que não fazem parte do objeto do contrato, visto que, a utilização de peças e acessórios, bem como apresentação da nota fiscal, não cabem a contratada e sim aos estabelecimentos, pois, novamente lembrando, o que ocorrerá na execução do contrato é o intermédio entre a contratante e o prestador de serviço credenciado. Dessa forma, como punir a empresa por algo que não faz parte dos serviços por ela prestados?

Em que pese o vínculo jurídico existente entre a contratada e sua rede credenciada, o tomador de serviços direto junto aos estabelecimentos credenciados é a Administração Pública, e nos casos acima citados, por exemplo, e, caso ocorram, deverão ser resolvidos entre eles com base no disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Ainda neste tema, em que pese o zelo do Nobre Pregoeiro ao elaborar o presente edital para garantir a melhor contratação para a Administração Pública, nota-se que usou como parâmetro norteador, além dos dispositivos legais referentes a licitação e pregão, as instruções normativas elaboradas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Todavia, conforme se retira das próprias instruções normativas, o índice utilizado no instrumento convocatório já não é mais utilizado, pois a IN 2 fora revogada

pela IN 5, que substituiu o Acordo de Nível de Serviço (ANS) pelo Instrumento de Medição de Resultado (IMR), onde foram incluídas diretrizes norteando indicadores mínimos de desempenho para aferição da qualidade esperada da prestação de serviços, que, quando constantes em um edital, devem também guardar vínculo com o princípio da razoabilidade, e serem elencados de acordo com o objeto do certame e suas peculiaridades.

No entanto, a própria legislação, bem como o instrumento convocatório já preveem determinadas sanções a serem aplicadas a empresa contratada, portanto, é clara a desnecessidade desse índice.

Dessa forma, esse indicador, apenas macula a concorrência no certame, pois faz com que as empresas deixem de ter interesse na contratação, e como consequência disso, a busca pela melhor proposta resta prejudicada.

Sendo assim, resta clara, a necessidade de retificação, também dos itens 6.8, 6.9 e 17.4 e seguintes, por ser medida de pura justiça e de adequação ao edital.

2.5 – DA EXIGENCIA DA APRESENTAÇÃO DA REDE CREDENCIADA NA SESSÃO PÚBLICA:

Prevê o item 5.3.9 que a contratada, deverá, na sessão pública, imediatamente apresentar a lista dos estabelecimentos conveniados prestadores de serviço cadastrados na empresa, conforme se verifica:

5.3.9. Após a assinatura do contrato a CONTRATADA disporá de 20 (vinte) dias para o cadastramento dos conveniados indicados pela CONTRATANTE, além de apresentar, imediatamente na sessão pública de licitação do pregão eletrônico, a lista dos conveniados já prestadores de serviço cadastrados em sua empresa:

5.3.9.1. Para o item 1, deverá contemplar no mínimo um credenciamento para cada cidade mencionado na cláusula 1.5. e 5.3.6., além de no mínimo 5 credenciamentos para as grandes cidades: Campo Grande, Dourados e Três Lagoas/MS.

5.3.9.2. Para o item 2, deverá contemplar no mínimo um credenciamento para cada cidade mencionado na cláusula 1.5. e 5.3.6., além de no mínimo 5 credenciamentos para as grandes cidades: Campo Grande, Dourados e Três Lagoas/MS.

Logo constata-se que se trata de um requisito prévio interposto pelo Pregoeiro, porém contrário ao entendimento do Tribunal de Contas da União e a obtenção da melhor proposta, uma vez que, impactará diretamente na quantia de participantes interessados, pois, exigir que as empresas credenciem uma rede antes da licitação trará a elas enorme dispêndio financeiro.

Veja bem, credenciar estabelecimentos previamente a licitação, trará gastos as licitantes, pois não é algo tão simples e no caso das que não lograrem êxito no certame, correrão riscos, inclusive de obter prejuízos caso haja a necessidade desse credenciamento prévio.

Não obstante a isso, é cediço que as empresas, principalmente esta impugnante, em tempo hábil após a conclusão do certame, na fase de implantação, até a assinatura do contrato, tem a capacidade de realizar o credenciamento de todos os estabelecimentos conforme determinado pelo instrumento convocatório, sem que hajam prejuízos para o início da execução contratual.

De acordo com a Corte de Contas da União, o momento exato para a apresentação da Rede Credenciada é o da assinatura do contrato, conforme consolidado nos Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012 e 1718/2013, vejamos:

*“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” (Acórdão 686/2013-Plenário, TC 007.726/2013-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 27.3.2013.) – (grifo meu).

Por esse prisma, então, conclui-se que a Administração ao elaborar o edital deve prever que o momento oportuno de apresentação da rede credenciada é o da assinatura do contrato, onde se dará início a execução do mesmo, constituindo ainda para a futura contratada um prazo razoável para sua implantação.

Logo, não se pode aceitar que esta exigência permaneça no escopo do edital uma vez que gera prejuízo ao princípio da competitividade, afastando-se a proposta mais vantajosa que só será obtida através de uma disputa sadia entre os interessados.

2.6 - DA FALTA DE PREVISÃO DE CRITÉRIOS PARA CORREÇÃO MONETÁRIA DE VALORES:

Conforme já brevemente apontado, o edital não traz qualquer tipo de compensação financeira decorrente de eventuais atrasos de pagamentos, o que contraria a legislação aplicável.

Cediço é, que a Administração goza de supremacia de seus interesses sobre os dos particulares, entretanto, tal fato não lhe autoriza a tolher direitos de seus administrados, e, ainda, sucumbir cláusulas tidas como obrigatórias em editais.

Desta feita, temos o artigo 40 da Lei de Licitações, que destaca as cláusulas obrigatórias em editais, ou seja, aquelas onde não há o campo da discricionariedade, pois, há o dever de prever as atualizações monetárias decorrentes de atrasos de pagamento, dever este, que não fora seguido pela municipalidade na elaboração do presente instrumento convocatório. Vejamos o que dispõe o aludido dispositivo:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo número de ordem em série anual, nome da repartição interessada de seu setor, modalidade, regime de execução e o tipo da licitação, menção de que será regida por esta Lei, local, dia e hora para recebimento da documentação proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, indicará, obrigatoriamente, seguinte:

(...)

c) critério de atualização financeira dos valores serem pagos, desde data final do período de adimplemento de cada parcela até data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei ns 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (grifo meu)

No mesmo interim, é a dicção do artigo 55 da mesma lei:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III – O preço as condições de pagamento, os critérios, data-base periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre data do adimplemento das obrigações do efetivo pagamento; (grifo meu)

Portanto, o edital é manifestamente ilegal, pois não consta em seu teor, em momento algum, a previsão da correção de valores em caso de atraso.

Desse modo, o silêncio do edital quanto a cláusula de correção monetária expõe a contratada aos desmandos da Administração Pública, que pode procrastinar pagamentos, sem que lhe seja impingida qualquer responsabilidade adicional.

Por fim, em homenagem ao princípio da legalidade não há campo para a municipalidade decidir acerca da inserção ou não da cláusula da correção monetária, sendo um item obrigatório em editais da licitação pública.

Sendo assim, se mostra a pertinência da retificação do edital, a fim de que seja inserida a cláusula de previsão de juros, conforme os ditames legais.

3 – DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, espera e requer a esse Nobre Pregoeiro(a), que seja JULGADA PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO, suspendendo a licitação para a retificação do edital, nos termos acima expostos, e por conseguinte, seja publicado um novo edital retificado.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Buri/SP, 31 de julho de 2020.

LINK CARD ADMINISTRAÇÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI

Henrique José da Silva

OAB/SP 376.668