

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE
CORGUINHO -MS**

SELEÇÃO PÚBLICA Nº 013/2024

Processo Administrativo nº: 091/2024

LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, com endereço na Rua Rui Barbosa, 449, bairro centro, no município de Buri/SP, e-mail: link.juridico@linkbeneficios.com.br, devidamente inscrita no CNPJ/MF 12.039.966/0001-11, Inscrição Estadual nº 229.017.126.114 e Inscrição Municipal nº 03150/10, por seu procurador, vem, respeitosamente a presença de V. S.^a, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

De acordo com a Lei 14.133/2021, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade **Pregão Eletrônico nº. 013/2024**, promovido pela **Prefeitura Municipal de Corguinho/MS**, cujo objeto é:

Registro de Preços objetivando a contratação de empresa especializada para implementação, intermediação e administração de sistema de controle de abastecimento de combustíveis e lubrificantes, bem como serviços de manutenções corretivas e preventivas, através de software de gerenciamento via web (internet), por meio de cartão magnético e sistema eletrônico, com o fornecimento de peças, pneus, componentes e acessórios, transporte em suspenso por guincho, para atender a frota de veículos e maquinários pertencentes a esta prefeitura municipal devidamente relacionados, e os que porventura possam ser adquiridos, de acordo com as características mínimas estabelecidas no Termo de Referência.

No entanto, conforme se vê no edital há vícios, inclusive de legalidade, que maculam o procedimento licitatório, conforme será demonstrado a seguir.

Diante disso, espera e requer a suspensão temporária do presente certame, visando a consagração do princípio da supremacia do interesse público, da eficiência e da 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 9º, inciso I, alínea a, da Lei 14.133/21, é vedado aos agentes públicos inserirem em atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

No mesmo sentido, a alínea c do referido artigo estabelece que na fase preparatória do pregão o administrador público tem a obrigação de definir corretamente os seus termos, sendo vedadas as especificações impertinentes e irrelevantes que limitem a competição:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

[...]

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

Assim, considerando as restritivas e ilegais cláusulas inseridas no edital de **Pregão Eletrônico 013/2024**, 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 AO INDEVIDO FAVORECIMENTO A MICROEMPRESA E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei Complementar 123/2006 estabelece prerrogativas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em processo licitatórios, de modo a incentivar sua participação em licitações.

Contudo, apesar de regulamentar benefícios para as ME e EPP, ela descreve quais se enquadram nessa categoria, de acordo com sua receita bruta, vejamos o que a lei estabelece:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais);

e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Portanto, Microempresas são aquelas com receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00, e Empresas de Pequeno Porte são as que tem receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e que seja igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

O artigo 44 da Lei Complementar 123/2006 assegura como critério de desempate a preferência para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme abaixo:

Art. 44. *Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

§ 1º *Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.*

§ 2º *Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.*

Os esclarecimentos sobre quais se enquadram como Microempresas e Empresas de Pequeno Porte são fundamentais para prosseguir com a explicação da ilegalidade inserida em edital, onde favorece ME e EPP. Partimos agora para a Lei 14.133/21, em que veda o favorecimento de ME e EPP em determinadas situações.

Observa-se que o edital tem um valor total superior ao que a Lei Complementar 123/2006 estabelece como ME e EPP, portanto, não fariam jus ao benefício da preferência, conforme disposto no artigo 4º da Lei 14.133/21, vejamos:

Art. 4º *Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

§ 1º *As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:*

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita

bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

*§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo **fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.***

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

Sendo assim, devido ao valor da licitação ser maior do que a receita bruta máxima da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, é vedado o seu favorecimento, conforme artigo acima. Não há lacunas para viabilizar o favorecimento da ME e EPP na presente licitação, tendo em vista seu valor total ser maior do que a receita bruta máxima da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

O direito de preferência estabelecido em edital prejudicará todo andamento do processo licitatório, de forma que pode não ser observada a proposta mais vantajosa para administração pública, sem contar, de que a ME e EPP pode não ter condições de suportar um contrato com uma receita bruta máxima extremamente inferior ao valor total da licitação.

Garantir a preferência no presente processo licitatório afronta a legalidade, a seriedade da licitação, pois incabível sua manutenção. Segue cláusula do edital em que garante o favorecimento indevido:

2.3 – As licitantes que comprovarem o enquadramento como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, nos termos do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/06, terão tratamento diferenciado das demais, consoante disposições constantes dos artigos 42 a 45 do mesmo diploma legal.

7.2.2.4 – No certame será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

7.2.2.5 – Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

7.2.2.6 – Para efeito do disposto no subitem 7.2.2.5, ocorrendo empate, proceder-se-á da seguinte forma: a) A Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

7.2.2.7 – Não ocorrendo à contratação da Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, na forma do item 7.2.2.6. alínea “a”, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese do subitem 7.2.2.5, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

7.2.2.8 – No caso de equivalência dos valores apresentados pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que se encontrem no intervalo estabelecido no subitem 7.2.2.5, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

7.2.2.9 – Na hipótese da não contratação nos termos previstos no subitem 7.2.2.6, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame 7.2.2.11 – A Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances e solicitação do Pregoeiro(a), sob pena de preclusão.

Sendo assim, requer a exclusão das cláusulas e disposições relacionadas a preferência de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte inseridas em edital, de forma a garantir a igualdade entre os concorrentes, preservando a legalidade do processo licitatório, conforme Lei 14.133/21.

2.2. QUANTO A EXIGÊNCIA DE PREPOSTO LOCAL

Nota-se que o objeto da contratação possui natureza tecnológica, de modo que não há qualquer necessidade de exigir um preposto situado na localidade da região do município contratante, conforme exige o edital no item IX, senão vejamos:

IX - Declaração de que caso seja vencedora, irá apresentar em até 60 (sessenta) dias da assinatura da Ata de Registro de Preço o documento de comprovação de que possui escritório no Estado de Mato Grosso do Sul – MS, (cartão de CNPJ ou Contrato Social, ou Contrato de Locação de Imóvel).

Veja que, tal exigência é tão desnecessária que qualquer acesso ao sistema pode ser feito de forma remota (via *web*), possibilitando essa via todo suporte técnico necessário. Desse modo, não existe justo motivo para que as empresas

desprendam recursos financeiros em manter um preposto residente na localidade do órgão contratante, disponibilizando estrutura comercial, administrativa desnecessária.

Assim, considerando-se a natureza do serviço é contraproducente exigir que a contratada tenha preposto e estrutura local, uma vez que a natureza do serviço se dá de forma eletrônica via internet.

Ademais, essa exigência naturalmente importará em aumento de custo para a contratante, afinal, os licitantes colocarão esse custo em suas propostas, sem importar nenhum acréscimo ou melhora na qualidade de prestação dos serviços.

Em casos semelhantes, o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento de que as atividades realizadas de forma remota são dispensadas de qualquer estrutura ou preposto no local da licitação, Acórdão 678/2012 – 1ª Câmara e Acórdão 357/2014.

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).

Diante disso, não resta dúvida que a Administração Pública deve melhor avaliar a exigência de preposto perante a sede da contratante na vigência contratual.

Ora, como bem explicitado, a contratada possuíra departamento técnico hábil para acessar remotamente o sistema com os reparos técnicos necessários.

No mais, caso seja necessária a visita presencial, hoje por meio do sistema de viagens aéreas é possível o deslocamento dentro de um dia útil para qualquer local do Brasil.

Diante o exposto e, ancorado a observância do interesse público, bem como ao princípio da legalidade pugna ao Pregoeiro pela retificação do edital para que retire supramencionada exigência do edital, por ser medida de legalidade e resguardo dos interesses da Administração Pública promovendo a concorrência e obtenção da melhor proposta.

2.3. QUANTO A OMISSÃO EM RELAÇÃO À APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE FALÊNCIA COMO DOCUMENTO NECESSÁRIO À COMPROVAR A QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Como já sabido, trata-se de licitação para prestação de serviços de administração e gerenciamento de frota, para tanto se revela claro que é indispensável a apresentação de documentos que comprovem a qualificação econômico-financeiro dos licitantes.

A comprovação de qualificação econômico-financeira é extremamente importante, haja vista a sensibilidade do serviço em questão, uma vez que se eventual vencedor não tiver saúde financeira, pode colocar em risco a prestação do serviço público.

Reza o artigo 69 da Lei 14.133/21, que o instrumento convocatório deve conter a exigência de documentação referente a situação econômico-financeira dos licitantes, garantindo maior segurança para a Administração Pública, *in verbis*:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes

do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Ocorre que, o edital foi omissivo, não exigindo a certidão negativa de falência.

Observa-se que tal omissão, viola o princípio da legalidade, uma vez que deveria exigir dos interessados documentos referente à qualificação econômico-financeira e não bastando isso permite que a Administração contrate empresas com situação financeira duvidosa, o que indubitavelmente pode causar prejuízo.

É importante destacar que, a apresentação de Certidão Negativa de Falência é de suma importância para que a execução do contrato tenha a maior lisura possível.

Ora, é inadmissível afirmar que a Administração está disposta à contratar empresas que tenha uma saúde financeira duvidosa, veja que, por mais que se fale em “limitar-se-á”, a *ratio* dessa norma é que se trata de um PODER-DEVER, para garantir a satisfação dos interesses sociais, em que a Administração atua direta ou indiretamente.

Até porque, **inexiste qualquer ônus** ao órgão ou aos *players* que tem a intenção em participar do certame em se exigir a Certidão Negativa de Falência, pois, em nada essa exigência influi negativamente na celeridade do certame e em nada essa exigência causa prejuízo à competição, pois a Certidão Negativa de Falência é algo que toda e qualquer empresa deve ter.

Isso apenas restringe a participação daquelas empresas **aventureiras** e **financeiramente incapazes** de executar o contrato que se pretende firmar e não bastando, afasta aquelas **empresas que fraudam seu balanço patrimonial**, para que seja emprestada uma imagem positiva sob sua qualificação econômico-financeira, e ao afastar a possibilidade de contratar empresas aventureiras, confere-se maior segurança a Administração Pública.

Ressalta-se que infelizmente, existem empresas que cometem “esquecem” de apresentar a Certidão Negativa de Falência, e em razão disso, logo a exigência de tal documento é extremamente importante para afastar essas empresas que praticam fraudes, que logicamente irão causar prejuízo à Administração Pública.

Ainda há de se destacar que, ao não exigir a apresentação da Certidão Negativa de Falência para se comprovar a qualificação econômico-financeira, cria-se em realidade uma violação ao princípio da isonomia, pois privilegia-se aquelas empresas irregulares em prejuízo aos *players* que atuam dentro dos limites legais.

Dessa forma, com lastro no princípio da legalidade, deve o edital impugnado incluir como exigência para habilitação a apresentação de documentos que comprovem a qualificação econômico-financeira, como forma de garantir a isonomia as empresas legalmente constituídas, resguardando ainda a segurança jurídica à Administração Pública, vez que confere a capacidade da empresa em executar o contrato em plena lisura.

2.4. QUANTO A INTERFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO NA RELAÇÃO ENTRE A LICITANTE E SUA REDE CREDENCIADA

O instrumento convocatório traz em seu texto, evidente intromissão injustificável nos negócios do futuro *player* a ser contratado, vejamos sua redação:

VII- Reembolsar a rede de estabelecimentos credenciados pelo valor ajustado entre as partes em até 05 (cinco) dias após o recebimento pelos serviços prestados, tendo em vista que o Município de Corguinho-MS, não responde solidária ou subsidiariamente por esses pagamentos, que são de total responsabilidade da CONTRATADA, devendo apresentar comprovação no mês subsequente.

Pois bem, vale esclarecer que, diante do futuro contrato a ser celebrado, existem dois vínculos jurídicos distintos, um entre a Administração e a Contratada e outro entre a Contratada e sua rede credenciada.

Ao passo que a Administração impõe condição em favor à rede credenciada do futuro *player* a ser contratado, está se intrometendo em uma seara a qual não lhe compete.

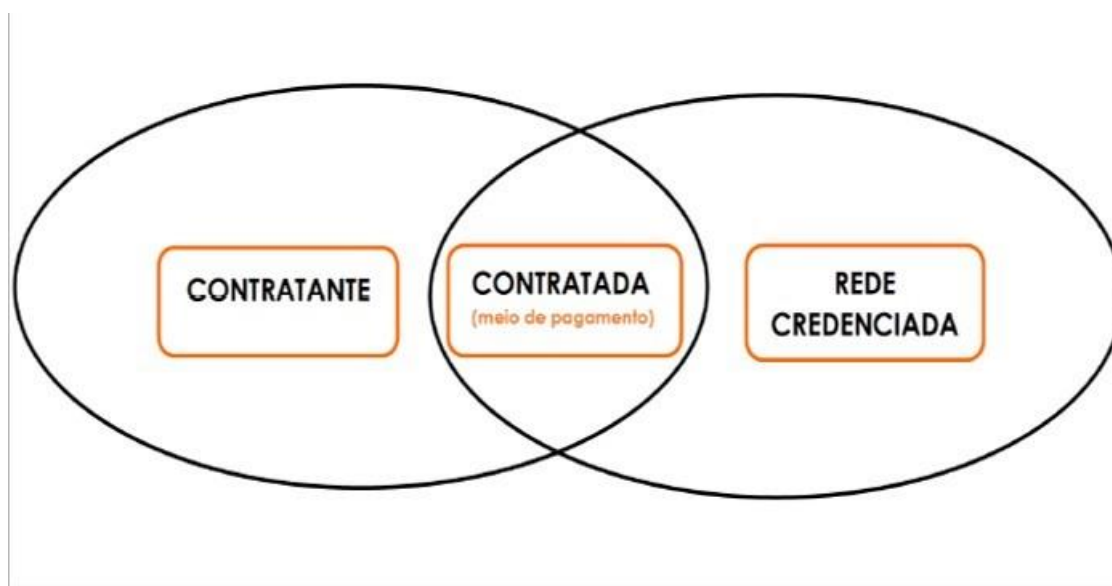
Veja que o objeto que a Administração pretende contratar é o gerenciamento do fornecimento de combustíveis da frota por meio de rede de estabelecimentos credenciados, ou seja, contratar uma empresa que disponibilizará um sistema de controle, através do pagamento de uma taxa de administração ou eventual desconto ofertado em proposta previamente ajustada, que permitirá que a Administração realize serviços e adquira produtos em um número maior de estabelecimentos e com um maior controle dos seus gastos.

Quanto a esse modelo de contratação, é cabível dizer que o Tribunal de Contas da União – TCU já teve oportunidade de se manifestar e considerar válida a referida contratação, desde que observadas determinadas condições, sendo oportuno destacar os seguintes trechos do voto do revisor, Min. Benjamin Zymler:

[...] 26. Registro, ainda, que **o modelo em discussão assemelha-se à chamada quarteirização, procedimento em que a gestão de um serviço já terceirizado – no caso concreto, a manutenção de veículos – é entregue a uma quarta entidade incumbida de gerenciar a atuação dos terceirizados** – na situação em foco, o administrador da manutenção. 27. Trata-se de uma prática bastante disseminada no mercado privado, cuja adoção no âmbito da administração é salutar, pois demonstra empenho em modernizar métodos arcaicos, ineficientes e burocráticos de gestão e, com isso, melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicos. [...]

Nesse modelo de contrato, o vínculo jurídico existente entre a Administração Pública e a Contratada é regido pelas normas de direito público, sendo que a relação entre a Administração Pública e os estabelecimentos credenciados é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao passo que a relação entre a Contratada e sua rede credenciada é outra relação a par, regida pelo direito privado. Dessa forma, não há que se falar em qualquer ingerência da Contratada sobre a relação jurídica existente entre a rede credenciada e a Contratada.

Para reforçar esse entendimento, trazemos aqui uma figura que demonstra essa modalidade de contrato de forma mais clara:



Dito isso, evidencia-se que as relações criadas pela contratação que a Administração pretende realizar são complementares em sua finalidade, contudo, **independentes** em sua natureza, de forma que a Administração não possui qualquer poder sobre a relação particular criada entre a Contratada e sua rede.

Nesse passo, o item do instrumento convocatório citado acima foge e muito do que seria razoável. Não pode a Administração interferir em uma relação contratual que não lhe diz respeito, são relações com naturezas e prerrogativas distintas, e além disso, são reguladas por regimes jurídicos totalmente diferentes.

As contratações públicas são regidas pelo direito público, no qual, temos diversos princípios e pressupostos que precisam ser seguidos fielmente sob pena de se tornarem nulos. No entanto, nas relações privadas prevalece o Código Civil, onde impera a **liberdade de contratação** e a **autonomia privada**, ou seja, as partes possuem liberdade na hora de estabelecer condições comerciais das avenças.

Como se vê, existem relações distintas embora complementares, assim não há nenhuma relação, se não a consumerista entre a Administração e os credenciados, logo a interferência da Administração é mera abelhudice.

E ainda, a Constituição Federal, estabelece um rol de competências dos entes federativos, e em nenhuma das hipóteses ali descritas está a interferência nas relações privadas, ou ainda, inexistente qualquer dispositivo no ordenamento jurídico pátrio que lhe permita dar pitacos sobre contratações privadas.

Veja que, não compete e nunca competiu a Administração Pública a fiscalização das contratações privadas, baseadas na autonomia da vontade, portanto ao fazer tais determinações a Administração passa muito longe do limite de sua competência.

Sabe-se que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei lhe determina, pois está vinculada à legalidade, havendo discricionariedade apenas nos casos específicos em lei. Nessa lógica, questiona-se, onde a Administração encontrou permissivo legal regular as relações privadas?

Veja que, por mais que existam disposições sobre setores específicos no Direito Regulatório, o contrato de credenciamento é uma relação negocial entre empresas que não está albergada por qualquer agência reguladora como ANS, ANTT, ANATEL, etc. Logo inexistente razão para tal invasão na seara privada!

Uma vez que inexistente qualquer permissivo legal para tanto, a Administração está violando o princípio da legalidade, e em via reflexa macula o procedimento licitatório, tornando-o viciado.

3. DOS PEDIDOS

Diante todo exposto, requer ao Nobre Pregoeira que receba a presente Impugnação e suspenda o certame, para que proceda as correções apontadas, conforme abaixo:

- I. Requer a exclusão das cláusulas e disposições relacionadas a preferência de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte inseridas em edital, de forma a garantir a igualdade entre os concorrentes, preservando a legalidade do processo licitatório, conforme artigo 4º da Lei 14.133/21, uma vez que o valor da licitação ultrapassa este valor.
- II. Requer a inclusão da exigência da comprovação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial e certidão negativa de feitos sobre falência, conforme artigo 69, I e II da Lei nº 14.133/21.
- III. Requer a exclusão da cláusula que interfere na relação da licitante com a rede credenciada.
- IV. Requer a exclusão da cláusula a qual exige escritório local.

Termos em que pede deferimento.

Buri/SP, 21 de agosto de 2024.

Link Card Administradora de Benefícios LTDA