

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA DE VARGEM ALTA, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.**

**Pregão Presencial nº 0030/2020**

**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](mailto: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 o Estatuto de Licitações, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

## **1. DA SÍNTESE DOS FATOS**

Prefacialmente, vale mencionar que a empresa Link Card, doravante 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 portfólio de clientes órgãos das mais variadas esferas da Administração Pública.

Dessa maneira, a Impugnante possui uma estrutura especializada com sites de buscas e capturas de editais, razão pela qual tomou conhecimento do edital do Pregão Presencial nº 0030/2020, com sessão pública a ser realizada no dia 22 de julho de 2020 às 13 horas, cujo objeto consiste em: *Constitui objeto do presente PREGÃO PRESENCIAL, a elaboração de REGISTRO DE PREÇOS, pelo prazo de 12 (doze) meses para eventual e futura contratação de empresa para realização de Serviços de Gerenciamento e Controle de manutenção preventiva e corretiva dos veículos, máquinas ou equipamentos da frota da Prefeitura Municipal de Vargem Alta, entre outros que a Prefeitura vier adquirir, com fornecimento de peças genuínas ou originais, suprimentos, lubrificantes, acessórios e serviços de manutenção preventiva e corretiva, serviços de guincho 24hs, alinhamento e balanceamento.*

Pois bem, ao analisar o edital, a empresa se deparou com itens que podem macular a competição, de forma que impedem a consecução do interesse público.

O primeiro item que causou irrisignação diz respeito a não exigência do balanço patrimonial, já que se trata de item importante que deveria ser solicitado para que a Administração tenha conhecimento da saúde financeira da empresa a ser contratada.

No mais, insta mencionar que o edital também foi falho com relação à solicitação de apresentação da rede credenciada antes da assinatura do contrato, já que tal item apenas presta para causar dispêndios financeiros à empresa que se sagrou vencedora, sem que o ajuste tenha sido firmado.

Além disso, a municipalidade solicita declaração da licitante de que possui rede credenciada, e os contratos pactuados entre a rede e a gerenciadora, o que não cabe para o caso em pauta, conforme se demonstrará nas razões da impugnação.

## **2. DAS RAZÕES MERITÓRIAS**

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 a restritiva e ilegal cláusula inserida no edital de Pregão Eletrônico 43/2020, 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 FRAGILIDADE DA COMPROVAÇÃO ECONÔMICO - FINANCEIRA E A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL**

Malgrado o sobredito, não escapa considerar ainda que dada a especificação do objeto da licitação, revela-se claro e indispensável a apresentação no rol de documentos de habilitação e a comprovação da qualificação econômico-financeira da forma mais completa possível dos participantes.

Reza a lei 8.666/93, mais precisamente em seu artigo 31, a observância obrigatória de que no bojo do edital deve conter a exigência de documentação acerca da situação econômico-financeira dos licitantes, demonstrando-se, portanto, uma forma de garantir a segurança jurídica para a Administração Pública quanto a execução do contrato.

Ocorre que, o objeto a que se destina a licitação possui especificações próprias, que se deve dar a devida atenção. Nessa toada, a busca pelo alcance da melhor proposta não diz respeito tão somente ao preço, mas também à técnica, confiabilidade, eficiência e segurança.

Desse modo, a comprovação da capacidade econômica financeira visa atestar se a empresa possui saúde financeira para assumir uma obrigação contratual, como a que se busca. Logo, para alcançar tal comprovação é imprescindível que os documentos exigidos no certame demonstrem, em verdade, os números contábeis da empresa, seu capital social, e que transpareça a sua movimentação de valores o que compatibiliza a sua capacidade em executar um contrato de valores elevados.

Destaque, por sua vez, que no presente edital, foi prevista a exigência de apresentação da certidão de falência no item 6.2.3.1, documento este que não traz em seu bojo, o capital social e a pré-disposição para atender o contrato, revelando-se claramente total insegurança jurídica para contratação pública. Devendo, portanto, levar em conta os documentos trazidos na dicção do que prescreve o artigo 31 da Lei 8.666/93, *ex vi*:

*Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:*

*I - Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;*

*II - Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;*

*III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.*

**§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. – destaquei**

Com isso, quando tratamos da situação econômico-financeira, devemos considerar que os requisitos devem ser especificamente atrelados ao objeto da contratação, de maneira a atender plenamente a necessidade da Administração. Isto porque, sempre que possível, a contratação deverá assegurar o maior número de participantes, em atendimento ao preceito constitucional da isonomia, a fim de garantir a obtenção da proposta mais vantajosa.

Por derradeiro, quando falamos em proposta mais vantajosa não se pode perder de vista que não se trata somente de preço, mas também de melhor técnica, eficiência e continuidade. De tal modo, para reunir referidos atributos é necessário que a empresa seja estruturada e possua capacidade econômica suficiente para a execução contratual.

Com efeito, a simples certidão negativa de concordata e falência, revela-se um meio muito frágil para o presente objeto e contrato a ser firmado, pois a certidão supramencionada apenas atesta para os devidos fins que a empresa não se encontra em meio a processo judicial de falência ou recuperação judicial nos últimos 90 dias.

Em verdade, vale dizer que o fato de uma empresa não estar sendo processada ou em meio a um formal falência não significa dizer que esta possui saúde financeira estável apta a assumir obrigações contratuais de tais magnitudes.

Logo, a certidão por si só não tem o condão de demonstrar a capacidade econômica financeira da empresa, mas uma situação pontual, a curto prazo, que pode se tornar um risco para Administração Pública na execução do contrato.

Diante o exposto e, ancorado na observância do interesse público, bem como ao princípio da legalidade pugna a esse Nobre Pregoeiro pela retificação do edital para que se faça constar na minuta do edital a exigência de balanço patrimonial e índices contábeis como forma de demonstração da capacidade econômica financeira dos participantes, por ser medida de legalidade e resguardo dos interesses da Administração Pública.

## **2.2 DA APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA ANTES DA ASSINATURA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

Conforme já mencionado na síntese dos fatos, verifica-se que o edital previu que a apresentação da rede credenciada deverá ser feita antes mesmo da assinatura do termo de contrato, no entanto, o entendimento da jurisprudência com relação a este tema, caminha no sentido oposto ao previsto.

**6.20** Somente após a comprovação da rede credenciada, mediante comprovação, a CONTRATANTE formalizará a ata de registro de preços e/ou o contrato para execução do objeto, a empresa terá o prazo 15 (quinze) dias úteis antes da assinatura do contrato e/ou ata de registro de preços para apresentar a comprovação das redes de estabelecimentos credenciados.

No cenário atual, em contratações desse tipo, tem-se entendido que a exigência da rede credenciada deve ocorrer para fins de assinatura do contrato e não durante a habilitação, como qualificação técnica, ou na proposta, vejamos abaixo:

**4. 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 n° 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**

Veja, pois, há uma razão bastante clara para não se exigir o credenciamento prévio para fins de participação do certame ou antes da assinatura do contrato, já que o licitante não pode ser compelido a ter gastos prévios sem ao menos saber se terá êxito no certame licitatório, ou se de fato assinará contrato com a Prefeitura, principalmente, no caso em pauta, por se tratar de Sistema de Registro de Preços.

Além disso, muitos estabelecimentos comerciais somente se credenciam com a empresa que efetivamente arrematou o certame, ou que já possui contrato com a Prefeitura.

Ademais, referida cláusula favorece empresas locais que já dispõem do credenciamento na forma exigida, em detrimento de tantas outras que poderiam credenciar a quantidade exigida e apresentar sua relação de credenciados para fins de assinatura do contrato.

É certo que a Administração vise a melhor maneira de atender a sua necessidade, principalmente em um ponto tão sensível como a questão do gerenciamento de sua frota. Todavia, no afã de maximizar a eficiência erra ao restringir o caráter competitivo do certame, posto que tal previsão editalícia restringe o acervo de licitantes àquelas empresas que já estão atendendo a sua localidade.

### **2.3 DA DECLARAÇÃO DE REDE CREDENCIADA**

O edital inovou, trazendo a exigência na qual a contratada seja obrigada a apresentar os contratos firmados entre a rede credenciada e a empresa gerenciadora. A referida documentação é de ordem particular, porém a Administração pleiteia que ela seja entregue, para atestar a veracidade das informações prestadas pelo fiscal ou gerenciador do contrato.

#### **6. DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO**

6.19 A comprovação dos estabelecimentos credenciados far-se-á mediante declaração da licitante, relacionando as oficinas, lojas, autopeças e estabelecimentos e locais (com endereço e meios de comunicação à distância), devendo apresentar a comprovação mediante Contratos de Credenciamento formalizados com as oficinas, lojas, autopeças e estabelecimentos, entre outros, o que será conferido pelo Município para atestar a veracidade das informações prestadas através do fiscal ou gerenciador do contrato;

**Veja que, de uma forma inescrupulosa a Administração se intervém na relação privada existente entre a empresa licitante e suas empresas licenciadas.**

Ocorre que, dada merecida máxima vênia, supramencionada exigência é totalmente desarrazoada e desnecessária, que além de se tratar de um excesso de formalismo burocrático, também pode ser considerado uma intervenção indevida na liberdade de contratação da empresa licitante.

No caso em apreço, a Administração se insere em uma relação que diz respeito apenas e tão somente à empresa licitante. Veja, a contratação em pauta tem como premissa intermediar a relação existente entre a Prefeitura e a rede de estabelecimentos credenciados.

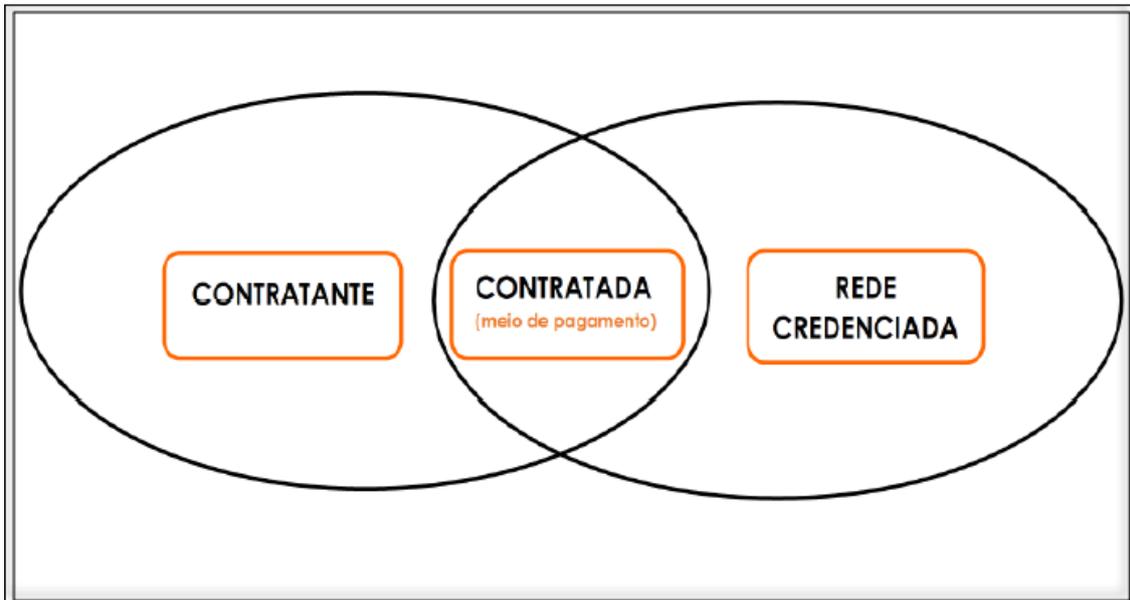
O objeto que a municipalidade pretende contratar é o gerenciamento da manutenção da frota por meio de rede de estabelecimentos credenciados, ou seja, contratar uma empresa que disponibilizará um **sistema de controle**, através do pagamento de uma **taxa de administração** ou **eventual desconto** ofertado em proposta previamente ajustado, que permitirá que a Prefeitura 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. [...]*

Ocorre que nessa modalidade de contrato, o vínculo jurídico existente entre a Prefeitura e a Contratada é regido pelas normas de direito público. Já a relação entre a Administração Pública e os estabelecimentos credenciados é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. 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 municipalidade pretende realizar são complementares em sua finalidade, contudo, independentes em sua natureza, de forma que a Administração não possui qualquer ingerência sobre a relação particular criada entre a Contratada e sua rede, e tampouco deve solicitar os contratos que são de natureza privada.

Nesse passo, a cláusula do instrumento convocatório citada 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, 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 ferir a legalidade. No entanto, nas relações privadas prevalece o Código Civil, onde impera a liberdade de contratação, e a autonomia privada, as partes possuem liberdade na hora de estabelecer condições comerciais das avenças.

Ora, analisando a cláusula prevista em edital, conclui-se que, sob nenhum aspecto se justifica a inserção de referida exigência, veja que juridicamente temos relações distintas, uma vez que a relação entre a gerenciadora de frota e seus estabelecimentos credenciados são reguladas pelo Código Civil, onde prepondera a livre iniciativa, a liberalidade de negociação das partes. Logo, não pode a Administração Pública interferir nessa relação, sob pena de ferir o princípio da livre concorrência e livre exercício sob a atividade econômica inerente a ordem econômica, abraçado pela própria Constituição Federal, vejamos:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*[...]*

***IV - livre concorrência;***

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. - destaqui*

Veja que não é crível que a Administração Pública interfira em relações particulares, sob pena de ferir princípios salutares da própria Constituição Federal. A respeito citamos o entendimento doutrinário do renomado doutrinador, Hely Lopes Meireles:

*“Na ordem econômica o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços.*

*Essa intervenção, entretanto, não se faz arbitrariamente, por critérios pessoais das autoridades. É instituída pela Constituição e regulada por leis federais que disciplinam as medidas interventivas e estabelecem o modo e forma de sua execução, sempre condicionada ao atendimento do interesse público, ao respeito dos direitos individuais garantidos pela mesma Constituição.”*

Do supramencionado entendimento, temos que as intervenções da Administração Pública nas relações entre particulares não podem se dar de modo arbitrário. Elas somente podem decorrer de autorização legal.

Portanto, é de rigor a alteração dos termos do edital, a fim de que a Administração não imponha a apresentação de contratos de natureza privada.

Por fim, vale dizer que a comprovação da rede credenciada solicitada no edital deve ser no ato da assinatura do contrato, e mediante declaração dada pela empresa licitante, sem que isso envolva divulgar à Administração avenças que são de cunho particular da empresa gerenciadora e de sua rede.

### **3. DOS PEDIDOS**

Por todo exposto, requer a esse Nobre Pregoeiro que seja **JULGADA PROCEDENTE ESSA IMPUGNAÇÃO** sugerindo a suspensão do certame, para que se proceda alteração do edital e posterior publicação, conforme apontado.

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

Buri, 15 de julho de 2020.

---

**LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI**  
**HENRIQUE JOSÉ DA SILVA**